

WYROK
z dnia 15 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Global One Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Kilińskiego 29, 08-110 Siedlce** protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Global One Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa**
i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Global One Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Global One Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 26, 02-135 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Siedlcach prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa: "Kompleksowe utrzymanie czystości, transport wewnętrzny oraz czynności pomocnicze przy obsłudze pacjenta niewymagające przygotowania medycznego na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Starowiejskiej 15; kompleksowe utrzymanie czystości na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Bema 22 w Siedlcach; kompleksowe utrzymanie czystości w placówkach SP ZOZ Siedlce oraz kompleksowe utrzymanie porządku na terenie posesji przy ul. Starowiejskiej 15 w Siedlcach".

Odwołujący - Global One Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie w całości od oddalenia protestu z dnia 2 kwietnia 2009 r. (wniesionego w dniu 3 kwietnia 2009 r.), wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, do których zobowiązywały go przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, tj.:

- 1) czynności oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu i Hospital Serwis Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego w dalszej treści Impel Cleaning, jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta tego konsorcjum podlegała odrzuceniu,
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania Impel Cleaning oraz odrzucenia oferty tego konsorcjum, pomimo iż oferta naruszała przepisy Pzp,
- 3) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24, art. 25, art. 26, art. 89, art. 90, art. 91 oraz art. 93.

W związku z doznaniem uszczerbku w interesie prawnym w wyniku dokonania i zaniechania czynności przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Impel Cleaning,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert i wybór oferty firmy Global One Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zaznaczył, że zakresem odwołania objęte są wszystkie części przedmiotu zamówienia, poza "Kompleksowym utrzymaniem porządku na terenie posesji przy ul. Starowiejskiej 15 w Siedlcach", gdzie jako oferta najkorzystniejsza, nie została wybrana oferta Impel Cleaning.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący powołując się i przytaczając liczne orzecznictwo arbitrażowe (zespołów arbitrów i KIO), sądowe oraz interpretacje organów podatkowych i postanowienia dyrektyw unijnych, podał, m.in., co następuje.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż w wyniku czynności oceny ofert, oferta Impel Cleaning, została uznana za najkorzystniejszą. Zdaniem Odwołującego rozstrzygnięcie takie było nieprawidłowe. Nieprawidłowe było również zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty tego konsorcjum.

Odwołujący wniósł protest w dniu 3.04.2009 r., który został przez Zamawiającego oddalony pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r.

Odwołujący, podważając czynności i zaniechania Zamawiającego, wskazał pkt 12.2 SIWZ, zgodnie z którym – „w cenie oferty uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, w takiej wysokości w jakiej wykonanie zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Podanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług będzie traktowane jako błąd w obliczeniu ceny”.

Przedmiotem zamówienia (pkt 3 SIWZ) są 4 zadania częściowe:

- 1) Kompleksowe utrzymanie czystości, transport wewnętrzny oraz czynności pomocnicze przy obsłudze pacjenta niewymagające przygotowania medycznego na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Starowiejskiej 15,
- 2) Kompleksowe utrzymanie czystości na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Bema 22 w Siedlcach,
- 3) Kompleksowe utrzymanie czystości w placówkach SP ZOZ Siedlce,

- 4) Kompleksowe utrzymanie porządku na terenie posesji Szpitala Miejskiego przy ul. Starowiejskiej 15 w Siedlcach.

Zasadniczym przedmiotem zamówienia były usługi kompleksowego utrzymania czystości, czyli usługi sprzątnięcia i czyszczenia obiektów (PKWiU 81.2).

Ponieważ Zamawiający nie wskazał wiążących stawek podatku VAT dla wykonawców, wykonawcy powinni zastosować w ofertach stawki wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów dotyczących podatku od towarów i usług. Przy czym Zamawiający nie dopuścił podawania dla tej samej usługi kilku różnych stawek, lecz żądał podania jednej stawki dla kompleksowej usługi (Impel Cleaning również nie podał w formularzu różnych stawek VAT dla usługi, lecz jedną, jednolitą, stawkę dla danej usługi). Potwierdza to nawet nazwa nadana zamówieniu - kompleksowe usługi.

Usługi sprzątnięcia i czyszczenia obiektów (PKWiU 81.2) opodatkowane są stawką podstawową VAT - 22%. Odwołujący przytoczył kategorie usług określonych w pozycjach od 81.2 do 81.29.19.0 w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.).

W formularzu ofertowym złożonym przez Impel Cleaning, decydującym rodzajem usług jest - kompleksowe utrzymanie czystości w placówkach SP ZOZ Siedlce. Zatem uzasadniona byłaby stawka VAT - 22%, jako zasadnicza stawka dla usług (art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535, z późn. zm., zwanej w dalszej części - ustawa o VAT).

Z treści tego formularza wynika, że w zasadzie spółka ta nie zastosowała stawki 22%. Jako przykład Odwołujący wskazał obliczenie dla zamówienia w ZO-L przy ul. Bema 22, przy kwocie netto 7.104,57 zł konsorcjum obliczyło VAT na 613,55 zł, co daje stawkę VAT 8,64 %, dla zamówienia na Bloku Operacyjnym Szpitala Miejskiego przy ul. Starowiejskiej 15, konsorcjum wyceniło na 12.142,65 zł netto i 954,07 zł tytułem VAT - co daje stawkę VAT 7,85 %. Stawki takie nie są przewidziane w ustawie o VAT.

Wykonawca nie zastosował stawki VAT - 22%. Być może intencją Impel Cleaning, w ocenie Odwołującego, było podanie w ofercie zaniżonej ceny brutto i zyskanie tym samym nieuzasadnionej przewagi nad pozostałymi wykonawcami, co jest czynnością nie tylko niezgodną z prawem, ale zmierzającą do narażenia Zamawiającego na ewentualne konsekwencje prawne związane z naruszeniem przepisów ustawy o VAT. Wobec decydującego znaczenia usługi sprzątnięcia i czyszczenia obiektów, powinna zostać zastosowana stawka VAT - 22%.

Stawka VAT - 22%, jako stawka podstawowa, jest zasadą, a wszelkie inne stawki, w tym stawki preferencyjne (0%, 3%, 7%) mają charakter wyjątków od stawki podstawowej, stąd

wykluczone jest rozszerzanie zastosowania stawki preferencyjnej na całość usługi, gdzie czynności formalnie objęte stawką preferencyjną stanowią jedynie niewielką część usługi.

Zamawiający w SIWZ i formularzu ofertowym - załącznik nr 10 do SIWZ, określił usługi w postępowaniu, jako usługi o charakterze kompleksowym w odniesieniu do danej lokalizacji nieruchomości Zamawiającego, za które powinna zostać podana jedna cena i wyszczególniona jedna wartość podatku VAT. Ponieważ formularz ofertowy zawierał tylko jedno miejsce na wskazanie wartości podatku VAT, stąd wniosek, że Zamawiający oczekiwał świadczenia jednej usługi o kompleksowym charakterze i określenia stosownej stawki VAT (0%, 3%, 7% lub 22%) w odniesieniu do takiej usługi.

Impel Cleaning nie kwestionował postanowień dotyczących formularza ofertowego poprzez wniesienie protestu na treść SIWZ, ani też nie występował z zapytaniem w zakresie treści SIWZ, a więc akceptował wymagania Zamawiającego i powinien był podać stawkę VAT w odniesieniu do całej, kompleksowej usługi.

Ewidentne jest zatem, iż stawka podana przez Impel Cleaning jest błędna, stąd oferta tego wykonawcy powinna była zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Firma Impel Cleaning nie wskazała tego wprost w swojej ofercie, Odwołujący może przypuszczać, iż możliwe, że powodem zastosowania stawek VAT nieznanych w ustawie, było przekonanie, iż część usług firma Impel Cleaning zakwalifikowała jako usługi zwolnione z VAT. Odwołujący podważa podstawy do zwolnienia od podatku VAT.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ wskazał: "Czynności nie wymagające przygotowania medycznego przy obsłudze pacjentów", zaś firma Impel Cleaning listę osób, które miałyby wykonywać usługę, zatytułowała "Lista osób, które wykonywać będą usługi porządkowe na oddziałach szpitala SP ZOZ przy ul. Starowiejskiej 15 w Siedlcach".

Jedyną podstawą zwolnienia, która mogłaby ewentualnie być rozważana, byłoby zwolnienie od VAT usługi w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej, z wyłączeniem usług weterynaryjnych (pkt 9 załącznika nr 4 do ustawy o VAT - Wykaz usług zwolnionych od podatku). Jednakże takie zwolnienie nie mogłoby mieć zastosowania do usług świadczonych przez firmę Impel Cleaning, gdyż zwolnienie to odnosi się wyłącznie do usług świadczonych przez podmioty będące podmiotami medycznymi, świadczącymi usługi medyczne w interesie publicznym.

Zatem, czynności takie jak czynności pomocnicze przy pacjencie, pomoc w transporcie pacjenta świadczone przez podmiot nie będący podmiotem medycznym świadczącym usługi medyczne w interesie publicznym, nie mogą być zwolnione z podatku VAT. Tym samym firma Impel Cleaning, jako podmiot, który nie jest podmiotem medycznym i nie świadczy usług medycznych w interesie publicznym, lecz jedynie świadczy komercyjne usługi

sprzątania na rzecz takiego podmiotu medycznego (tj. SP ZOZ w Siedlcach), nie może powoływać się na zwolnienie od podatku VAT.

Ustawa o VAT posługuje się bowiem określeniem "usług w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej, z wyłączeniem usług weterynaryjnych", co nie odnosi się do usług związanych jedynie z faktyczną realizacją usług medycznych czy opieki społecznej, lecz dotyczy wyłącznie samego świadczenia usług ochrony zdrowia lub opieki społecznej, których firma Impel Cleaning nie świadczy, jest to wyłączna domena SP ZOZ. Nadto, przepis ten jest wyjątkiem od ogólnej reguły i musi być w związku z tym interpretowany zawężająco.

Pełnomocnictwo dla pana Tomasza I. do podpisania i złożenia oferty nie odpowiada wymogom prawa oraz nie umocowywało go do dokonywania czynności w toku niniejszego postępowania.

Gwarancja przedstawiona przez konsorcjum nie odpowiada wymogom prawa. Zgodnie z art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zamawiający również zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W treści gwarancji ubezpieczeniowej, złożonej przez konsorcjum, nie wskazano, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (a więc jednego z rodzajów dokumentów/oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp), chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym podano takie same zarzuty, jak w odwołaniu i wskazano podstawy prawne, nie określono natomiast, którego pakietu dotyczy protest.

Zamawiający oddalił protest w całości. Podał, że Odwołujący nie wskazał części zamówienia, którego dotyczy protest, przy dopuszczonej przez Zamawiającego możliwości składania ofert częściowych. Odwołujący nie wskazał również w jakiej części żąda wykluczenia wykonawcy Impel Cleaning z postępowania, a w jakiej odrzucenia jego oferty, a także w której części żąda ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w wybranej ofercie podał, że wykonawca Impel Cleaning podzielił czynności w pakiecie nr 1 i 2 na:

- 1) objęte podatkiem VAT – PKWiU 74.70.14-00 „usługi sprzątnia specjalistycznego”, stawka 22%,
- 2) zwolnione z opodatkowania zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) – 85.14.18-00.00.

Konsorcjum zastosowało wymienione stawki VAT na podstawie opinii Urzędu Statycznego w Łodzi.

Zamawiający wskazał na dopuszczoną pismem z dnia 27.02.2009 r. (odpowiedź na zapytanie Odwołującego dotyczące treści SIWZ) modyfikację formularza ofertowego w zakresie sposobu wyceny poszczególnych pakietów i dopuścił możliwość przedstawienia ceny ofertowej jako sumy częściowych wyliczeń, co zastosował Odwołujący w pakiecie nr 1 podając dwie stawki podatku VAT - 7% i 22%. Ponadto podniósł, że wartość usługi netto Impel Cleaning jest niższa od ceny oferty Odwołującego. Gdyby dodać 22% podatku VAT do wartości netto w wybranej ofercie, to i tak wartość usługi podana w tej ofercie byłaby niższa.

W zakresie pełnomocnictwa udzielonego panu Tomaszowi Iwańskiemu, Zamawiający podał, że Odwołujący nie przedstawił z czego ma wynikać nieprawidłowość, ani żadnych dowodów na poparcie tego zarzutu. Podniósł, że z godnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tego skutki prawne.

W zakresie gwarancji podał, że w pkt II gwarancji znajduje się zobowiązanie gwaranta do dokonania płatności w sytuacji wskazanej w piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron postępowania i ich pełnomocników złożonych na rozprawie, ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 zadania częściowe, zgodnie z nazwą przyjętą w pkt 3.2 SIWZ, w załączniku nr 10 – U.cz.5/ZP/2009 nadano nazwę zadaniom, określając

je, jako pakiety nr 1, nr 2, nr 3, nr 4. W formularzu cenowym przewidziano odrębne podanie ceny dla każdego pakietu.

W postępowaniu złożyli oferty tylko dwaj wykonawcy – Impel Cleaning i Odwołujący, każdy w zakresie wszystkich pakietów. W pakiecie nr 1, 2 i 3, jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę Impel Cleaning, w pakiecie nr 4 ofertę Odwołującego.

Odwołujący określił w odwołaniu, że nie kwestionuje czynności Zamawiającego dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 4, gdyż w tym pakiecie nie wybrano oferty Impel Cleaning, wybrano ofertę Odwołującego. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że w pakiecie nr 3 właściwa stawka podatku VAT wynosi 22 % i taką stawkę zastosował w swojej ofercie Impel Cleaning. Zatem, mimo nie wycofania przez Odwołującego zarzutu w tym zakresie, zważywszy jednak na ceny obu ofert przy jedynym kryterium oceny ofert (cena), zarzut ten nie wymaga żadnego badania.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego stawki podatku VAT w pakietach nr 1 i 2 oraz w zakresie podważania gwarancji wadialnej. Odwołujący wycofał podczas rozprawy zarzut dotyczący pełnomocnictwa udzielonego panu Tomaszowi I.

W SIWZ w pkt 12. pt. „Opis sposobu obliczenia ceny” w ppkt 12.2 Zamawiający podał: „W cenie oferty uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, w takiej wysokości w jakiej wykonanie przedmiotu zamówienia podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Podanie niewłaściwej stawki podatku VAT od towarów i usług będzie traktowane jako błąd w obliczeniu ceny”. W ppkt 12.3 Zamawiający podał „Wykonawca ustali i poda w ofercie ceny za wykonanie zamówienia za jeden miesiąc (każdy), wykonania umowy dla każdej części zamówienia odrębnie. Ceny te będą traktowane jako ceny jednostkowe. Następnie wykonawca ustali i poda w ofercie całkowitą cenę za wykonanie poszczególnych części zamówienia.”

Pismem z dnia 27.02.2009 r. (Odpowiedź na zapytanie w sprawie SIWZ) udzielono odpowiedzi na pytanie o treści „czy istnieje możliwość zmiany formularza ofertowego – załącznik nr 10 do SIWZ - w zakresie sposobu wyceny poszczególnych pakietów?”, odpowiedź – „Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia ceny ofertowej jako sumy częściowych wyliczeń”.

W załączniku nr 10 – U.cz./5/ZP/2009 Zamawiający wymagał by w każdym pakiecie wykonawcy podali ogólną wartość zamówienia według szczegółowego wykazu zamówienia, zgodnie z podziałem na wartość netto, podatek VAT, wartość brutto. Wartości netto i brutto oraz podatek VAT miały być podane w złotych.

Z przedstawionego opisu wymogów zawartych w SIWZ wynika, że wykonawcy mieli podać w ofertach podatek wyrażony w złotych, a więc poprzez wpisanie kwoty podatku, bez

podawania stawki procentowej. Natomiast sposób ustalenia wysokości podatku (przestrzegania właściwej stawki) obciążał wykonawców. Zamawiający zastrzegł jedynie, że podatek ma być uwzględniony w ofercie w takiej wysokości, w jakiej wykonanie przedmiotu zamówienia podlega obciążeniu podatkiem. Kontrola Zamawiającego w zakresie właściwej stawki podatku VAT wynikała z postanowienia, że podanie niewłaściwej stawki podatku miało być traktowane jako błąd w obliczeniu ceny, co z kolei pociąga za sobą obowiązek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Ceny ofert wyrażone w zł przedstawiają się następująco:

	Impel Cleaning	Odwołujący
Pakiet 1	2 680 979,28	3 115 344,00
Pakiet 2	555 704,64	730 828,80
Pakiet 3	723 037,39	761 036,00
Pakiet 4	136 181,04	56 496,00.

Odwołujący twierdził, że w pakiecie nr 1 powinna być podana stawka podatku VAT 7% i 22% i taką stawkę podał w swojej ofercie, wpisując w formularzu ofertowym wielkości wyrażone także procentowo, natomiast w pakiecie nr 2 stawka podatku powinna wynieść 22%, w tym pakiecie Odwołujący nie podał stawki VAT wyrażonej procentowo. W ofercie Impel Cleaning wykonawca nie podał stawek podatku wyrażonych procentowo, lecz tylko kwotowo w obu pakietach.

Zamawiający uzyskał wyjaśnienia obu wykonawców w zakresie zastosowanej stawki VAT, zwracając się z prośbą o złożenie wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Z wyjaśnień Impel Cleaning wynikało, że w pakiecie nr 1 i 2 na kompleksowe utrzymanie czystości zastosowano stawkę 22%, a na czynności pomocnicze zwolnienie od podatku, na podstawie opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 5.02.2008 r. Opinia została złożona do akt sprawy. Wynika z niej, że świadczenie usług opisanych w piśmie skierowanym do urzędu, mieści się w grupowaniach :

- 1) PKWiU 85.14.18-00.00 „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”,
- 2) PKWiU 74.70.14-00.00 „Usługi sprzątnia specjalistycznego”,
- 3) PKWiU 93.05.12-00.00 „Usługi pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”.

Urząd dokonał klasyfikacji statystycznej. Na tej podstawie wykonawca przyporządkował stawkę VAT do odpowiedniego grupowania usługi.

Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Z protokołu komisji przetargowej z dnia 25.03.2009 r. wynika, że Zamawiający miał na uwadze, iż „nie może przesądzać jaka stawka podatku jest prawidłowa. Nie można uznać, że podatnik błędnie ją określił, jeżeli zastosował się do interpretacji.”

W gwarancji bankowej Kredyt Banku S.A. z dnia 30.03. 2009 r. w pkt II zawarto zobowiązanie o treści „Oferent w odpowiedzi na Państwa wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. - zgodnie z art. 46 ust. 4 a, ust. 5 pkt 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych”.

Krajowa Izba Odwoławcza, zważyła, co następuje.

Z art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050, z późn. zm.) wynika, że cena oferty (przyjęta do oceny ofert w kryterium cena oraz ustalenia wysokości należnej zapłaty za wykonanie zamówienia), jest to cena z uwzględnieniem m.in. podatku VAT.

Przepisy art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp zobowiązują Zamawiającego do opisanie w SIWZ sposobu obliczenia ceny przez wykonawców, składających oferty po to, m.in., by uzyskać porównywalne oferty.

W rozpoznawanej sprawie obowiązek zastosowania stawki VAT zgodnej z prawem, obciążał wykonawców. Przepisy ustawy dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, określają w art. 43 i następnym zwolnienia od podatku, w tym usługi wymienione w załączniku nr 4 do ustawy (art. 43 ust. 1 pkt 1). W poz. 9 załącznika wykazano usługi oznaczone symbolem PKWiU ex 85 „Usługi w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej, z wyłączeniem usług weterynaryjnych (PKWiU 85.2 ex), jako usługi zwolnione od podatku.

Wykonawca Impel Cleaning posługując się interpretacją Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 05.12.2008 r. znak: OK.-5672/KU-380/2008 zastosował zwolnienie od podatku w niektórych usługach wyszczególnionych w pakietach nr 1 i 2 (Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe gdzie indziej niesklasyfikowane – PKWiU 85.14.18-00.00).

Zamawiający, jak podał na rozprawie, nie przeliczał podanych wartości w złotych, celem sprawdzenia wysokości zastosowanej stawki podatku wyrażonej procentowo.

W ocenie KIO, nie ma podstaw do podważenia wartości VAT zaoferowanej przez Impel Cleaning.

Odwołujący, poza powołaniem się na sygnalizowane już w uzasadnieniu orzecznictwo – Zespołów Arbitrów, KIO, interpretację dyrektorów Izb Skarbowych w Gdańsku i Bydgoszczy (te ostatnie stanowią interpretacje indywidualne organów podatkowych), nie przedstawił dowodu, z którego wynika, iż Impel Cleaning zastosował w sposób nieuprawniony zwolnienie od podatku, w części usług – czynności pomocnicze.

Zgodnie z art. 14a i następnymi ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.) interpretacja indywidualna wydawana jest na wniosek zainteresowanego w jego indywidualnej sprawie. Wniosek zawiera wyczerpujące

przedstawienie zaistniałego stanu faktycznego oraz przedstawienie własnego stanowiska wnioskodawcy w sprawie. Interpretacja indywidualna zawiera ocenę stanowiska wnioskodawcy wraz z uzasadnieniem prawnym tej oceny. Zatem, interpretacje indywidualne wydane w innej sprawie mogą co najwyżej służyć pomocniczo.

Dowodem, wystarczającym do zakwestionowania stanowiska wykonawcy, nie może być także fakt zaoferowania przez wykonawcę w innym postępowaniu (3 lata temu) innej stawki podatku VAT, niż oferowana obecnie.

KIO, oddalając odwołanie miała na uwadze, że obowiązek zastosowania właściwej stawki podatku VAT, a zatem i odpowiedzialność z tytułu niewłaściwej stawki podatku, obciąża w tym stanie faktycznym wykonawcę.

Odwołujący również nie przedstawił dowodu, że zastosowanie zwolnienia od podatku wpłynęło w sposób nieuzasadniony na wysokość ceny oferty Impet Cleaning w pakietach nr 1 i 2.

Na pytanie zadane w toku rozprawy przez członków składu orzekającego Izby o treści – jaka byłaby różnica w cenie ofert, w przypadku zastosowania w wybranej ofercie zamiast zwolnienia od podatku w 1 pakiecie, podatku 7% i w 2 pakiecie, podatku 22%, Zamawiający stwierdził, że wówczas oferta wybrana i tak miałaby niższą cenę, zaś Odwołujący, że cena byłaby wyższa od ceny jego oferty.

W zakresie gwarancji wadialnej, KIO podziela stanowisko Odwołującego, że w opisie zobowiązania gwaranta do zapłaty w pkt II gwarancji, zawarto określenie odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, co zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp można odnieść do warunków podmiotowych wykonawców. Jednakże nie można pominąć faktu, że opis zobowiązania odwołuje się poprzez art. 46 ust. 4a Pzp do pełnej regulacji zawartej w art. 25 ust. 1 Pzp, a więc do pkt 1 - warunków podmiotowych i pkt 2 - warunków przedmiotowych. Zasadność takiej interpretacji wynika z odniesienia się przy opisie zobowiązania do art. 46 ust 4a Pzp...”zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt 1, 2, 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych.”

Nie można, w ocenie KIO, przyjąć, że przywołanie artykułu 46 ust. 4a Pzp przy opisie odnoszącym się do warunków udziału wykonawców w postępowaniu, zwalnia gwaranta z obowiązku świadczenia na wypadek zaistnienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a Pzp (art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp).

W tym stanie faktycznym i prawnym, KIO, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....