

Sygn. akt: KIO/UZP 631/09

WYROK
z dnia 26 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Anna Packo
	Stanisław Sadowy
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, u. Żabieniec 46, 31-215 Kraków (adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów w Krakowie, Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W.K.Roentgena5, 02-781 Warszawa**, protestu z dnia 20 kwietnia 2009 r.,

przy udziale **Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (lider konsorcjum); Hospital Serwis Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego*

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W.K.Roentgena 5, 02-781 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, u. Żabieniec 46, 31-215 Kraków (adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów w Krakowie, Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź)**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, ul. W.K.Roentgena 5, 02-781 Warszawa** na rzecz **Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, u. Żabieniec 46, 31-215 Kraków (adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów w Krakowie, Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź)**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) 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 **Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, u. Żabieniec 46, 31-215 Kraków (adres do korespondencji: Spółdzielnia Inwalidów w Krakowie, Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź)**.

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

Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie czystości w obiektach i na terenie Centrum Onkologii - Instytut”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 24 lutego 2009 r., nr 2009/S 37-054325.

Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie, Oddział w Łodzi, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i HOSPITAL SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Konsorcjum”.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na:

1. czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, której to czynności dokonano z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż w „Tabeli kosztów”, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, w pozycji stawka podatku VAT dla usług „sprzątanie i dezynfekcja” Konsorcjum zastosowało dwie stawki podatku VAT „22%” i „zw”. Zastosowanie dwóch stawek podatku VAT dla jednej usługi jest błędne, gdyż prawidłowo powinna ona wskazywać stawkę VAT 22%.

Wskazanie przez Konsorcjum błędnej stawki podatkowej, w tym przypadku części „zw” zamiast 22%, doprowadziło do zaniżenia oferty Konsorcjum, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w stosunku do innych uczestników postępowania. Zastosowanie prawidłowych stawek podatku VAT spowodowałoby, iż ilość punktów uzyskana przez tego wykonawcę byłaby niższa, a jego oferta nie byłaby najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Konsorcjum otrzymało w tej samej dacie).

Pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r. Konsorcjum przystąpiło do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w dniu 23 kwietnia 2009 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującego. Konsorcjum podniosło, iż z interpretacji Urzędu Statystycznego w Łodzi

z dnia 5 lutego 2009 r. wynika, iż usługi dezynfekcji są zakwalifikowane jako „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane”, które na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 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.) stanowią usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane wymienione w załączniku nr 4, poz. 9 do ustawy, które pozostają zwolnione z opodatkowania podatkiem VAT.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, podnosząc iż, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w ogłoszeniu, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” wskazał dwa kody CPV (90900000 – usługi w zakresie sprzątnia i odkażania; 90921000-usługi w zakresie dezynfekcji), tym samym kwalifikując zakres i przedmiot usługi. Nadto dodał, iż w odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości zastosowania różnych stawek VAT w zależności od przedmiotu zamówienia, udzielonej w dniu 1 kwietnia 2009 r., dopuścił taką możliwość poprzez rozszerzenie tabeli w „Formularzu ofertowym” w przypadku, gdy wykonawca posiada podstawy prawne do zastosowania różnych stawek podatku VAT. Konsorcjum, w przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przedłożyło opinię Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 5 lutego 2009 r., z treści której wynika, iż usługi wykonywane w oddziałach szpitalnych, a polegające m.in. na dezynfekcji klasyfikowane są wg PKWiU 85.14.18-00.00 do grupy „usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane” i zostały wymienione w załączniku nr 4 poz. 9 do ustawy o podatku od towarów i usług – jako zwolnione z opodatkowania podatkiem VAT.

Pismem z dnia 8 maja 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 8 maja 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 13 maja 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 8 maja 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście.

W dniu 11 maja 2009 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty”, ustęp 2 zamieścił postanowienie, iż „ceny oferty mają być podane w PLN netto i brutto oraz wpisane do „Formularza ofertowego” stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ”. Nadto w rozdziale XV SIWZ „Opis sposobu obliczenia oferty” dodał, iż „prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym”, a „zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty”.

Jednocześnie Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 2, dotyczące możliwości zastosowania w pozycji „sprzątanie i dezynfekcja” tabeli zawartej w „Formularzu ofertowym” różnych stawek podatku VAT wskazał, iż dopuszcza możliwość rozszerzenia tabeli zamieszczonej w „Formularzu ofertowym”, o ile wykonawca „posiada podstawy prawne”, aby zastosować różne stawki podatku VAT do usług będących przedmiotem zamówienia.

Konsorcjum w tabeli zamieszczonej w załączniku nr 4 do SIWZ „Formularz ofertowy” w pozycji „Sprzątanie i dezynfekcja” dla usług sprzątania wskazało 22% stawkę podatku VAT, natomiast dla dezynfekcji, iż usługi te są zwolnione od podatku.

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum w pozycji „sprzątanie i dezynfekcja” błędnie zastosowało dwie stawki podatku VAT, a mianowicie „22%” i „zw”, zamiast prawidłowo stawkę dla tej części zamówienia określić na 22%, co jest następstwem błędnego zaklasyfikowania tych usług według PKWiU.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż to wykonawca samodzielnie powinien określić stawkę VAT i uwzględnić ją w ofercie. Niemniej jednak błędnie podana stawka VAT może spowodować odrzucenie oferty wykonawcy, który podał niewłaściwą stawkę podatkową, a co wynika z ustawy Pzp i co Zamawiający faktycznie wskazał w SIWZ. Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość stosowania różnych stawek podatkowych, o ile wykonawca stosujący różne stawki podatkowe „posiada na to podstawy prawne”. W niniejszej sprawie mimo, iż Konsorcjum wskazało dla usługi „sprzątanie i dezynfekcja” różne stawki podatkowe, a pozostali wykonawcy jedną stawkę podatkową (22%) Zamawiający nie podjął żadnych działań mających na celu ustalenie, jakie to „podstawy prawne” legły u podstaw zastosowania stawki podatkowej VAT „22%” i „zw”. Istotnie należy zgodzić się z Zamawiającym, iż nie jest on organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT,

tym niemniej nie zwalnia go to z obowiązku respektowania przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ, a więc tych, których sam jest autorem, a tym samym ustalenia, jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT. Niedokonanie takiej czynności spowodowało bowiem, iż wykonawcy stosujący różne stawki podatkowe byli traktowani jednakowo, a skutkiem jej niedokonania jest naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba także nie jest organem uprawnionym do ustalania prawidłowości zastosowania określonej stawki podatku VAT, tym niemniej w tym konkretnym stanie faktycznym, mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 b do SIWZ wyspecyfikował szczegółowy zakres sprzątnia dla obiektów CO-I przy ul. Roentgena, wskazując w jego ramach czynności dezynfekcyjne, które w rzeczywistości są ściśle powiązane ze sprzątniem, w tym m.in.:

- pkt I „Sale chorych w klinikach narządowych”, ppkt 1.4. „Dezynfekcja przez mopowanie wodorocieńczalnym środkiem dezynfekcyjnym (...); ppkt 5.2.. „Mycie i dezynfekcja kaloryferów, parapetów, drzwi, ścian”, ppkt 5.4. „Mycie i dezynfekcja toalety i w.c. przyległego do sali chorych”;
- pkt II „Pokoje zabiegowe”, ppkt 1.3. „dezynfekcja parapetów, kozetki, fotela stołów, kranów, szafek, stojaków, klamek i innego sprzętu (...)”, 2.4. „Dezynfekcja przez mopowanie wodorocieńczalnym środkiem dezynfekcyjnym o aktywności B, F ścian i podłogi”, 2.5. „Dezynfekcja sprzętów i aparatury przed wstawieniem do gabinetu”;;
- pkt V „Sale operacyjne”, ppkt 1.3. „Dezynfekcja przez mopowanie wodorocieńczalnym środkiem dezynfekcyjnym o aktywności B, F ścian i podłóg”, 1.4. „Dezynfekcja przez natrysk środkiem alkoholowym o aktywności B, F kół jezdnych ruchomego wyposażenia” itp.

Natomiast z pisma z dnia 5 lutego 2008 r. Urzędu Statystycznego w Łodzi, powołanego przez Zamawiającego i Przystępującego na potwierdzenie swych stanowisk wynika, iż w grupie PKWiU 85.14.18-00.00 „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane” mieszczą się m.in. usługi polegające na:

- wykonywaniu prac o charakterze gospodarczo-usługowym wg wskazań kierownika apteki szpitalnej (prace transportowe, porządkowo-dezynfekcyjne, przyjmowanie leków od dostawców (...),
- wykonywaniu pozostałych prac związanych z utrzymaniem czystości i dezynfekcji w pomieszczeniach aptecznych i przyległych (korytarz, magazyny apteczne).

Zakres, który Zamawiający podał na rozprawie (dezynfekcja urządzeń i opakowań zbiorczych), jest zakwalifikowany przez Urząd Statystyczny do grupy PKWiU 74.70.14-00.00 „Usług sprzątnia specjalistycznego”, a więc tej grupy, która – zdaniem Urzędu Statystycznego - obejmuje także swym zakresem „odbiór, mycie i dezynfekcja naczyń, sztućców, opakowań zbiorczych i wózków transportowych”

W oparciu o powyższe należy więc uznać, dzielając twierdzenia Odwołującego, iż zakres prac zawartych w załączniku nr 1 b do SIWZ nie pokrywa się w żadnym stopniu z zakresem wskazanym w ww. piśmie Urzędu Statystycznego w Łodzi (w zakresie prac dezynfekcyjnych). Jak bowiem wynika z powyższego pisma do wskazanej grupy klasyfikacyjnej należą usługi wykonywane według wskazań kierownika apteki i to tylko w pomieszczeniach aptecznych i do nich przyległych. Tymczasem przedmiot zamówienia we wskazanym załączniku nigdzie nie przewiduje świadczenia usługi sprzątnia i dezynfekcji w tego rodzaju pomieszczeniach. Oznacza to, iż w tym konkretnym stanie faktycznym Konsorcjum nieuprawnione było do zastosowania stawki podatku VAT „zw”, gdyż z treści przedłożonych dokumentów wynika, iż usługi dezynfekcji, które mają być wykonywane na rzecz Zamawiającego nie są zwolnione z opodatkowania podatkiem VAT.

Nadto jak wynika z, przedłożonego przez Odwołującego, pisma z dnia 7 stycznia 2008 r. Urzędu Statystycznego w Łodzi podmiot wykonujący usługi czyszczenia i dezynfekcji pomieszczeń szpitalnych i innych powinien klasyfikować swoją działalność – zgodnie z prowadzoną przez niego działalnością - w zakresie PKWiU 74.70 „Usługi sprzątnia i czyszczenia obiektów”, a dezynfekcję pomieszczeń zaliczyć do grupy PKWiU 74.70.11-00.00 „Usługi dezynfekcji i tępienia szkodników”, natomiast usługi sprzątnia i sterylizacji sal operacyjnych, narzędzi itp. do grupy PKWiU 74.70.14-00.00 „Usługi sprzątnia specjalistycznego”, co tym samym wskazuje na obowiązek naliczania stawki podatku VAT 22%. A jak wynika z KRS obydwu konsorcjantów (Impel Cleaning Sp. z o.o. i HOSPITAL SERWIS Sp. z o.o.) przedmiotem ich działalności jest m.in. „sprzątnie i czyszczenie obiektów”.

Tak więc oferta Konsorcjum, w tym stanie faktycznym i w oparciu o treść przedłożonych dokumentów, powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego pismo z dnia 7 stycznia 2008 r. Urzędu Statystycznego w Łodzi, natomiast nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego wyciągu z ofert składanych przez Impel Cleaning Sp. z o.o. samodzielnie oraz w Konsorcjum z HOSPITAL SERWIS Sp. z o.o.

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

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*