

WYROK
z dnia 9 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Małgorzata Rakowska**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.09.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, 10-561 Olsztyn, ul. Żołnierska 18** protestu z dnia **16 lipca 2009 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnie Inwalidów „Naprzód”, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46;**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługę sprzątnania* (numer sprawy DZPZ/333/8UEPN/2009), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2009 roku, 2009/S 72-104911.

Zamawiający poinformował w dniu 6 lipca 2009 r. wykonawców o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o.

W dniu 16 lipca 2009 r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu – Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zarzucając w nim naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp., przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Sp. z o.o., zawierającej błąd w obliczeniu ceny i podlegającej odrzuceniu oraz zaniechania odrzucenia pozostałych ofert, z wyjątkiem oferty odwołującego się. W ocenie protestującego pozostali wykonawcy błędnie przyjęli, że w ramach świadczenia usługi transportu posiłków punkt dystrybucji - pacjent oraz odbiór tac z naczyń z oddziałów i dostarczanie do punktu dystrybucji, będą korzystać ze zwolnienia od podatku VAT. Ponieważ usługa będzie realizowana przy użyciu sprzętu nie będącego własnością przedsiębiorcy, za pomocą własnych pracowników, podlega ona klasyfikowaniu, zgodnie z zasadami metodycznymi, do grupy 78.30.1 – Pozostałe usługi związane z udostępnianiem pracowników i mieszczą się w grupowaniu 74.50.2 „usługi udostępniania pracowników” i podlegają opodatkowaniu stawką 22 %.

Zamawiający oddalił protest w całości pismem z dnia 21 lipca 2009 roku. Zamawiający wskazał, iż wszyscy wykonawcy w złożonych ofertach zgodnie uznali, że usługa transportu posiłków na odcinku punk dystrybucji – pacjent oraz odbiór tac z

naczyniami, przy wykorzystaniu wózków podmiotu trzeciego jest zwolniona od podatku od towarów i usług. Na podstawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, transport wewnątrzszpitalny zalicza się do „usług w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, pozostałych gdzie indziej nie sklasyfikowanych” – PKWiU 85.14.18-00.00 – 9 pozycja usług zwolnionych od podatku – załącznika nr 4 do ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający powołał się na interpretację Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26 marca 2009 r., która dotyczyła czynności tożsamych z opisanymi w pkt 5 formularza ofertowego. W ocenie zamawiającego nie jest prawidłowe klasyfikowanie tych czynności do grupy pozostałych usług związanych z udostępnianiem pracowników (PKWiU 78.30.1), które prowadzone są przez agencje pracy tymczasowej. W tej grupie wymienia się również usługi związane z udostępnianiem pracowników do pracy w hotelarstwie i gastronomii. Z tych przyczyn, zamawiający uznał, iż żadna z ofert nie podlega odrzuceniu. Jednocześnie, zamawiający przedstawił swoje stanowisko co do braku wystąpienia naruszenia interesu prawnego protestującego, którego oferta, przy przyjęciu stanowiska przedstawionego w proteście również powinna podlegać odrzuceniu, gdyż wykonawca również zastosował zwolnienie z opodatkowania czynności wymienionych w pkt. 5 formularza ofertowego.

W dniu 31 lipca 2009 roku, wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał twierdzenia i zarzuty podniesione w proteście i zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert pozostałych wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzupełnieniu dotychczasowego stanowiska, w odwołaniu wskazał na błąd zamawiającego polegający na zaklasyfikowaniu przedmiotowej usługi do grupowania PKWiU 85.14.18-00.00 „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego, pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”.

W dniu 7 września 2009 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do ustalenia, czy przy obliczaniu ceny za wykonanie usługi, wykonawcy byli uprawnieni do uwzględnienia w cenie oferty zwolnienia z opodatkowania usługi wskazanej w pozycji piątej przedmiotu zamówienia (oraz formularzu oferty) – usługi transportu posiłków punkt dystrybucji – pacjent oraz odbiór tac z naczyniami

z oddziałów i dostarczenie do punktu dystrybucji (wydzielone z usługi transportu wewnątrz). Zdaniem odwołującego usługa ta, jako mieszcząca się w grupowaniu według PKWiU 78.30.1 – „Pozostałe usługi związane z udostępnianiem pracowników”, mieszczącej się w grupowaniu PKWiU 74.50.2 („Usługi udostępniania pracowników”), podlegają opodatkowaniu stawką podatku VAT 22%, natomiast zdaniem zamawiającego przedmiotową usługę należało klasyfikować według grupy PKWiU 85.14.18-00.00 – „Usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane”, korzystającej ze zwolnienia z opodatkowania. Jednocześnie, odwołujący wyjaśnił, iż w przypadku kiedy wykonawca korzystał będzie z własnego sprzętu (wózki do transportu), wówczas usługa klasyfikowana do grupy 74 lub 78 podlegać będzie zwolnieniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

Skład orzekający Izby uznał, iż złożone przez odwołującego na rozprawie dowody – opinie Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 27 maja 2009 r. oraz 15 lipca 2009 r., nie mogą stanowić dowodu na okoliczność, iż pozostali wykonawcy błędnie przyjęli, iż usługa objęta pozycją 5 załącznika nr 2 do siwz, podlega zwolnieniu z opodatkowania stawką podatku VAT. W ocenie Izby, złożone opinie, wydane na wniosek odwołującego, dowodzą jedynie możliwych sposobów klasyfikowania przedmiotowej usługi według grupowania PKWiU. Nie mogą stanowić one jednak dowodu na okoliczność zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ Urząd Statystyczny nie jest organem właściwym do ustalania właściwej stawki podatku VAT. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w przypadku obu opinii Urząd Statystyczny uznał za prawidłową klasyfikację opisaną usługę, świadczoną przez podmiot gospodarczy w ramach umowy podpisanej ze szpitalem w grupowaniu PKWiU 86.90.19.0 oraz 85.14.18-00.00 – a więc zgodnie z tym jak wskazywał zamawiający. Podany w opinii z dnia 15 lipca 2009 r. sposób klasyfikowania do grupy PKWiU 78.30.1 oraz PKWiU 74.50.2 dotyczy klasyfikowania usługi polegającej na kierowaniu własnych pracowników do wykonania określonych prac w szpitalu, przy użyciu sprzętu i urządzeń szpitala, obejmujące rozwożenia posiłków (...). Przy takim określeniu usługi nie można ustalić, czy dotyczy to usługi wykonywanej w ramach umowy ze szpitalem, który nie występuje w roli pracodawcy osób wykonujących prace w szpitalu.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż odwołujący nie udowodnił okoliczności błędnego zastosowania przez pozostałych wykonawców zwolnienia od opodatkowania usługi wskazanej w pozycji 5 formularza ofertowego (załącznik nr 2 do siwz). Należy w tym miejscu zauważyć, iż odwołujący sam uwzględnił w swojej ofercie zwolnienie z opodatkowania przedmiotowej usługi, przyjmując odmienny od wskazanego przez zamawiającego, sposób świadczenia usługi – tj. oświadczając, że transport posiłków będzie wykonywać przy użyciu własnego sprzętu. Zamawiający, jak przyznał sam odwołujący,

wskazał, iż transport posiłków miał być wykonywany sprzętem udostępnionym przez zamawiającego wykonawcy (zgodnie z odpowiedzią na pytanie z dnia 1 czerwca 2009 r.). Tym samym, złożone przez odwołującego oświadczenie stanowiło zmianę warunków na jakich wykonawca miał realizować usługę, a ponadto stanowiło podstawę do stwierdzenia przez odwołującego uzasadnienia dla zwolnienia tak świadczonej usługi z opodatkowania podatkiem VAT. Niezależnie zatem od stwierdzenia przez KIO braku podstaw do żądania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, Izba zauważa, iż przyjęcie za prawidłowe twierdzenie odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający nie mógłby przyjąć oferty odwołującego zmieniającego warunki świadczenia usługi, a w dodatku prowadzącej do zmiany stawki podatku VAT. Wszyscy wykonawcy składali oferty na takich samych zasadach, a ich zmiana w toku oceny ofert byłaby niedopuszczalna. W tych okolicznościach zachodzi zatem wątpliwość co do posiadania interesu prawnego przez wnoszącego odwołanie, który złożył ofertę na odmiennych zasadach, niż określone przez zamawiającego. Ponieważ zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego i nie jest to przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, zatem Izba nie odmówiła istnienia interesu prawnego do wniesienia odwołania po stronie odwołującego.

Mając powyższe na uwadze odwołanie należało oddalić. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*