

-A' G .Mi G(

Sygn. akt V Ca 1360/09

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

i

Dnia 27 sierpnia 2009 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział V Cywilny - Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Bogusława Jarmołowicz - Łochańska
SR (del.) Tomasz Pakdyna
Sędziowie: Anna Pacanowska

Protokolant po rozpoznaniu w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Warszawie na rozprawie skargi wykonawców „Impel Cleaning” i „Hospital Serwis” - Spółek z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu z udziałem zamawiającego Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii Skłodowskiej - Curie w Warszawie i wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą w Krakowie

oddala skargę

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność**

AA A 5 ' s>

Sygn. akt V Ca 1360/09

ODPIS

UZASADNIENIE

W piśmie z dnia 13 maja 2009 roku Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Centrum Onkologii - Instytutu im. Marii Skłodowskiej - Curie w Warszawie protestu wniesionego 20 kwietnia 2009 roku, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty wykonawcy - konsorcjum „Impel Cleaning” sp. z o.o. - „Hospital Serwis” sp. z o.o., naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w toku czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniosła przy tym o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty konkurencyjnego konsorcjum i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych. W uzasadnieniu odwołania wskazała, że w „tabeli kosztów”, stanowiącej załącznik Nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pozycji stawka podatku VAT dla usług „sprzątanie i dezynfekcja”, wykonawca w osobie konkurencyjnego konsorcjum zastosował dwie stawki podatku VAT - „22%” i „zw”, co ma być nieprawidłowe. Stawka powinna wynosić w tym zakresie 22%. Tym samym oferta konsorcjum podlega odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić. W jej ocenie, zarówno wybrany wykonawca, jak i zamawiający błędnie klasyfikują usługi dezynfekcji do PKWiU 85.14.18-00.00 i przyjmują, że są one zwolnione od podatku VAT. Według odwołującej się usługi tego rodzaju zaklasyfikowane są do grupy 74.7- „usługi sprzątania i czyszczenia obiektów” i oznaczone symbolem 74.70.11-00 - „usługi dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji”. Wszystkie te usługi podlegają opodatkowaniu stawką 22%. Zastosowanie błędnej stawki VAT doprowadziło do zaniżenia ceny w ofercie konsorcjum, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych uczestników postępowania. W przypadku zastosowania przez konsorcjum prawidłowych stawek VAT, ilość punktów uzyskana przez tego wykonawcę nie byłaby najwyższa, lecz trzecia w kolejności. To ma usprawiedliwiać żądanie odrzucenia oferty konsorcjum zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W ocenie odwołującej się, działania zamawiającego w toku postępowania przetargowego godzą w zasadę równości podmiotów ubiegających się o zamówienie, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

W wyroku z dnia 26 maja 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała ponowne badanie ofert, a także rozstrzygnęła o kosztach postępowania. Rozstrzygnięcie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), 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 roku, Nr 2009/S 37-054325. Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum i i.r> I składającego się ze spółek „Impel Cleaning” z o.o. i „Hospital Serwis” z o.o., mających siedzibę we Wrocławiu.

Na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej Spółdzielnia w Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wniosła protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Wniosła przy tym o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty konsorcjum w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest ten został oddalony. Zamawiający podał, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w ogłoszeniu, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazał dwa kody CPV (90900000 - usługi w zakresie sprzątania i odkażania; 90921000 - usługi w zakresie dezynfekcji), tym samym kwalifikując zakres i przedmiot usługi. 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, przyłączając się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przedłożyło opinię Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 5 lutego 2009 roku, 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 klasyfikowane” i zostały wymienione w załączniku Nr 4 poz. 9 do ustawy o podatku od towarów i usług - jako zwolnione z opodatkowania podatkiem VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że odwołanie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „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.

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 podatku, co ma wynikać z Prawa zamówień publicznych i co zamawiający faktycznie wskazał w specyfikacji. 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”.

Izba zgodziła się z zamawiającym, iż nie jest on organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT, co nie zwalnia go jednak z obowiązku respektowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 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 Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że także i ona nie jest organem uprawnionym do ustalania prawidłowości zastosowania określonej stawki podatku VAT. Jednocześnie jednak w uzasadnieniu - analizując zakres czynności wskazanych w ofercie wykonawcy

oraz treść pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi - przesądziła, że wykonawca nie zastosował prawidłowej stawki podatku.

Izba uznała, że oferta konsorcjum, w tym stanie faktycznym i w oparciu o treść przedłożonych dokumentów, powinna zostać odrzucona.

W poczet materiału dowodowego zaliczono pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z 7 stycznia 2008 roku, natomiast nie zaliczono 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 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Skargę na ten wyrok wywiódł konsorcjum „Impel Cleaning” sp. z o.o. - „Hospital Serwis” sp. z o.o. - obie z siedzibą we Wrocławiu, zarzucając wydanemu rozstrzygnięciu naruszenie przepisów prawa materialnego i naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, w postaci art. 7 niesprecyzowanego bliżej aktu prawnego - poprzez stwierdzenie nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 - poprzez błędne stwierdzenie istnienia podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum, art. 91 ust. 1 - poprzez stwierdzenie naruszenia zasad wyboru najkorzystniejszej oferty, art. 188 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, przez przekroczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą granic swobodnej oceny dowodów, art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wydanie wyroku bez rozpoznania istoty sprawy, art. 191 ust. 6 Prawa zamówień publicznych przez błędne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego oraz art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz.

535, ze zm.), w związku z załącznikiem Nr 4 do ustawy, poprzez uznanie za prawidłową innej stawki podatku VAT na usługi dezynfekcji oraz usługi transportu wewnątrzszpitalnego. Skarżący wniósł przy tym o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów w obu instancjach.

W uzasadnieniu skargi podniesiono, że Krajowa Izba Odwoławcza mylnie przyjęła, że w ofercie skarżącego doszło do błędnego zastosowania stawki podatku VAT na oferowane usługi, poprzez przyjęcie, że zwolnienie od podatku dotyczy jedynie usług dezynfekcji. Zarzucono też Izbie całkowicie dowolną ocenę materiału dowodowego, przez zaakceptowanie stanowiska i wniosków dowodowych zgłoszonych przez przeciwnika, a wnioskowi zamawiającego i skarżącego odmówiono wiarygodności. Skarga zarzuca także nierozpoznanie istoty sprawy poprzez wywodzenie konsekwencji podatkowych z treści wskazanych w odpisach KRS skarżącego przedmiotów działalności oraz przyznanie w wyroku, że skład orzekający nie jest uprawniony do ustalania prawidłowości zastosowania określonej stawki podatku VAT, a następnie arbitralne ustalenie, że przyjęta stawka jest nieprawidłowa.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu Okręgowego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, mimo częściowo błędnego uzasadnienia, odpowiada prawu.

Istotnie, w uzasadnieniu skarżonego rozstrzygnięcia można dopatrzeć się sprzeczności polegającej na tym, że Izba, uznając, że nie jest uprawniona do kontroli prawidłowości zastosowanej stawki podatku, oparła swoje rozstrzygnięcie na ustaleniu, że zastosowana stawka była nieprawidłowa. Uchybienie to nie ma

jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia, bo teza dotycząca kognicji Izby jest z gruntu nieprawdziwa. Art. 184 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655, ze zm.) każe stosować do postępowania odwoławczego przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym. W myśl art. 13 § 2 k.p.c. przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań uregulowanych w tym kodeksie, a więc także do postępowania przed sądem polubownym (uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 23 sierpnia 2007 roku, V Ca 1412/07, PZP 2008/1/113). Wobec tego, Izba, podobnie jak sąd, ma prawo i obowiązek oceniać wszystkie elementy stanu faktycznego mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia, na podstawie obowiązującego stanu prawnego. Znajduje to zresztą potwierdzenie w przepisach dotyczących sądownictwa polubownego. Zgodnie z art. 1194 § 1 k.p.c., także sąd polubowny związany jest - co do zasady - obowiązującym stanem prawnym. Nic innego nie wynika też z Prawa zamówień publicznych. W tej sytuacji, Izba mogła i powinna ocenić, czy wykonawca wskazał właściwą stawkę podatku VAT. Inna sprawa, że nie miało to doniosłości dla rozstrzygnięcia.

Decydujące znaczenie ma to, że - jak słusznie oceniła Krajowa Izba Odwoławcza - zamawiający nie podjął żadnych działań mających na celu ustalenie, jakie „podstawy prawne” zadecydowały o zastosowaniu w ofercie wskazanych w niej stawek podatkowych. Co więcej, sposób oznaczenia tych stawek w ofercie uniemożliwia ustalenie, dla jakich czynności przewidziano stawkę 22%, a dla jakich stawkę „zw.”. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w wywiedzionej

skardze, gdzie przeczytać można, że „w żadnym miejscu oferty skarżący nie > /h”wskazał, że zastosowana stawka podatku VAT w wysokości *zwolniony* dotyczy usług dezynfekcji. Jest to jedynie przypuszczenie przeciwnika skargi, które w toku postępowania odwoławczego skład orzekający uznał za pewnik”. Jednocześnie, skarżący skrzętnie unika wskazania, których czynności dotyczy stawka „22%”, a których „zw.”. Wskazuje tylko, że usługi sprzątania i dezynfekcji nie są ze sobą powiązane i że tylko ustalenia pomiędzy uczestnikami konsorcjum decydują, które czynności będzie wykonywał jeden, a które drugi z nich. Fakt ten uniemożliwia kontrolę prawidłowości złożonej oferty.

Tymczasem, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a na przepis ten powoływał się odwołujący, zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia domaga się określenia ceny w kwocie netto i brutto. Nieprzyporządkowanie określonej stawki podatku VAT do określonych usług uniemożliwiło zbadanie zamawiającemu, czy istotnie cena brutto została określona prawidłowo, co - jak słusznie przyjęto w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku - winno skutkować nakazaniem ponownego zbadania i oceny ofert.

Składając ofertę na usługi, podlegające opodatkowaniu różnymi stawkami podatkowymi, wykonawca powinien precyzyjnie określić usługi, których dotyczy każda ze stawek podatkowych. Inaczej, uniemożliwia ustalenie, czy cenę obliczono prawidłowo. Z tego powodu ani Sąd Okręgowy, ani Krajowa Izba Odwoławcza, nie mogli zbadać prawidłowości ustalenia ceny.

Z tych wszystkich powodów, na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak na wstępie.

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność**

□ r'