

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 października 2009 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Adam Bystrzycki

Sędziowie: SO Małgorzata Skoczyńska

SO Wojciech Turzański (spr.)

Protokolant: stażysta Kinga Sobka
po rozpoznaniu w dniu 27 października 2009 roku w Lublinie

na rozprawie sprawy

z odwołania Global One Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie

z udziałem zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki
Zdrowotnej w Siedlcach i wykonawcy konsorcjum Impel Cleaning Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Hospital Serwis Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

na skutek skargi wykonawcy Global One Polska Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2009 roku

sygn. akt KIO/UZP 564/2009

I. oddała skargę;

II. zasądza od Global One Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Warszawie:

- solidarnie na rzecz działających w ramach konsorcjum firm Impel
Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu
i Hospital Serwis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu
kwotę 600 zł (sześćset złotych);
- na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej
w Siedlcach kwotę 600 zł (sześćset złotych)

tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 15 maja 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza - po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Global One Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Siedlcach protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r. - oddaliła odwołanie rozstrzygając równocześnie o kosztach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający - SP ZOZ w Siedlcach prowadził, 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 W. Starowiejskiej 15 w Siedlcach”. Odwołujący - Global One Polska Spółka z o.o. w Warszawie, wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu z dnia 2 kwietnia 2009 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 zadania częściowe, zgodnie z nazwą przyjętą w pkt 3.2 SIWZ, w załączniku nr 10 — U.c.5/ZP/2009 nadano nazwę zadaniom, określając je, jako pakiety nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4. W formularzu cenowym przewidziano odrębne podanie ceny dla każdego pakietu. W postępowaniu złożyli oferty tylko dwaj wykonawcy - konsorcjum firm Impel Cleaning i Hospital Serwis oraz 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. Opis sposobu obliczenia ceny” w pkt. 12.2 zamawiający podał, że 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, że 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 lutego 2009 r. (odpowiedź na zapytanie w sprawie SIWZ) stwierdzono, że zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia ceny ofertowej jako sumy częściowych wyliczeń. W załączniku nr 10 - U.c.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 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 Prawa zamówień publicznych).

Ceny ofert wyrażone w zł przedstawiały się następująco:

	Impel Cleaning	odwołujący
Pakiet 1	2680979,28	3115344,00
Pakiet 2	555 704,64	730 828,80
Pakiet 3	723 037,39	761 036,00
Pakiet 4	136 16104	56 49600

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 Prawa zamówień publicznych. Z wyjaśnień Impel Cleaning wynikało, że w pakiecie nr I i 2 na kompleksowe utrzymanie czystości zastosowano stawkę 22%, a na czynności pomocnicze zwolnienie od podatku. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia za wystarczające. Z protokołu komisji przetargowej z dnia 25 marca 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 Ranku S.A. z dnia 30 marca 2009 r. w pkt II zawarto zobowiązanie o treści: „Ofertant 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.

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. ze zm.) wynika, że cena oferty (przyjęta do oceny ofert w kryterium cena oraz ustalenia wysokości należnej zapłaty za wykonanie zamówienia), jest to cena i uwzględnieniem m.in. podatku VAT. Przepisy art. 36 ust 1 pkt. 12 Prawa zamówień publicznych 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 następnych 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 grudnia 2008 r. znak: OK.-5672/KU-380i2008 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, ze 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 winnej sprawie mogą co najwyżej służyć pomocniczo.

Dowodem, wystarczającym do zakwestionowania stanowiska wykonawcy, nie może być także fakt zaofiarowania 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 Impel 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 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 Prawa zamówień publicznych można odnieść do warunków podmiotowych wykonawców. Jednakże nie można pominąć faktu, że opis zobowiązania odwołuje się poprzez art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych do pełnej regulacji zawartej w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych (art. 25 ust. 1 pkt 1 2 Prawa zamówień publicznych).

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

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, stosownie do jego wyniku.

W skardze na orzeczenie Izby wykonawca zarzucił wyrokowi naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców,
- art. 24, art. 25 oraz art. 26 przez brak wezwania konsorcjum Impel Cleaning do uzupełniania gwarancji wadium i brak wykluczenia tej firmy z postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt. 6 w zw. z art. 90 oraz w zw. z art. 91 przez brak odrzucenia oferty firmy Impel, pomimo iż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny wynikający z niewłaściwego zastosowania zwolnienia od podatku VAT,
- art. 93 przez brak uwzględnienia ewentualnego wniosku o unieważnienie postępowania,
- naruszenie przepisów o postępowaniu odwoławczym, w tym art. 190, przez oddalenie odwołania, pomimo, iż miało ono uzasadnione podstawy.

Wykonawca, podnosząc iż doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy, wniosł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2009 r. poprzez uwzględnienie w całości odwołania Global One Polska w zakresie zadania nr 1 i 2 oraz nakazanie w zakresie zadania nr I raz nr 2:
 - a.) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b.) odrzucenie oferty konsorcjum firm Impel Cleaning i Hospital Serwis
 - c.) powtórzenia czynności oceny ofert i wybór oferty Global One jako najkorzystniejszej,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, oraz
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi wskazano, istota sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do tego, iż konsorcjum Impel nie miało prawa do zastosowania zwolnienia od podatku VAT, gdyż może być ono zastosowane wyłącznie do usług opieki szpitalnej i medycznej oraz czynności bezpośrednio z nimi związanych, podejmowanych przez organy podlegające prawu publicznemu lub w warunkach porównywalnych do tych mających zastosowanie do podmiotów podlegających prawu publicznemu, przez szpitale, ośrodki lecznicze lub diagnostyczne i inne uznane zakłady o podobnym charakterze. Kwestia ma istotne znaczenie, gdyż, w przekonaniu skarżącego, zamawiający nie może przechodzić do porządku dziennego nad próbami unikania zapłaty podatku VAT, czego dopuszcza się Impel Cleaning. W sprawie mniejszej nie by żadnych podstaw do zastosowania zwolnienia od podatku VAT przez konsorcjum Impel. Opieka medyczna i opieka społeczna jest to działalność o charakterze publicznym, realizowana przez podmioty publiczne. Impel Clearing nie ma takiego statusu i nie świadczy takich usług. Oferta obejmuje jedynie usługi pomocnicze związane z opieką medyczną.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej skarżący podtrzymał stanowisko odnośnie ewentualnego unieważnienia niniejszego postępowania.

Skarżący podtrzymał też swoje stanowisko dotyczące gwarancji.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w Lublinie zważył, co następuje:

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym gwarancji jest prawidłowe, zaś zarzuty skargi bezzasadne.

Gwarancja nr 044GWK0090620003 wystawiona przez Kredyt Bank dotyczy (jak wynika z jej treści) oferty jaką zamierzało złożyć konsorcjum firm (będące uczestnikiem postępowania w niniejszej sprawie) na 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 u. 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

- zadanie 1, 2, 3 i 4. Udzielający gwarancji w wykonaniu dyspozycji oferenta zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do dokonania na rzecz SP ZOZ w Siedlcach płatności do kwoty 19.000 zł na oświadczenie zamawiającego, że: oferta konsorcjum została wybrana oraz że oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta lub oferent w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie - zgodnie z art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt. 1, 2, i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (gwarancja k.998).

Wbrew zarzutom skargi, treść gwarancji jest jasna i spełnia wszystkie ustawowe wymogi. Zapewniała zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Należy bowiem zważyć nie tylko na treść gwarancji wyrażoną *expressis verbis*, ale także odesłanie do przepisów art. 46 ust. 4a, ust. 5 pkt. 1, 2, i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nadto ust. 4a powołanego artykułu odsyła do regulacji zawartych w przepisach art. 26 ust. 3 i 25 ust. 1 powołanej ustawy. Treść gwarancji wyczerpuje zatem wszelkie wymogi ustawowe dotyczące wadium i w związku z tym mogła ona wypełnić wszelkie funkcje jakie ustawa wiąże z tą instytucją. Nie było, w tym stanie rzeczy, żadnych podstaw do podejmowania przez zamawiającego żadnych czynności, o jakich mowa w skardze.

KIO w sposób wyczerpujący odniosła się do zarzutów odwołania wykonawcy, a zatem treść skargi stanowi w istocie niedopuszczalną polemikę z tym stanowiskiem.

Nie można też podzielić stanowiska składającego skargę wykonawcy, że oferta konsorcjum zawierała błąd w obliczeniu ceny, wynikający z niewłaściwego zastosowania podatku VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza w kwestii uwzględnienia w cenie podatku VAT zajęła prawidłowe stanowisko, szeroko je umotywowwała. Sąd Okręgowy przyjmuje to stanowisko za swoje. Nie zachodzi potrzeba ponownego jego powoływania. Należy dodatkowo stwierdzić, że pozwany w istocie zaakceptował to stanowisko zmieniając twierdzenia i swoją argumentację. Na rozprawie przed Izbą przyznał, że stosował stawki podatku VAT 7% i 22%. Zaprzeczył tym samym twierdzeniom, że o właściwej stawce VAT - w przypadku usług o charakterze kompleksowym (w skład których mogą wchodzić usługi, które traktowane oddzielnie, są obłożone różnymi stawkami VAT) - decyduje stawka podatku VAT właściwa dla usługi o przeważającej wartości w całości wartości usługi kompleksowej. W proteście i odwołaniu Global One Polska twierdził, że w formularzu ofertowym złożonym przez Impel Cleaning, decydującym rodzajem usług jest - kompleksowe utrzymanie czystości w placówkach SP ZOZ Siedlce. Zatem właściwą byłaby 22% stawka VAT. Zamawiający wymagał też jednej stawki VAT. Takie same zatem wymogi i oceny składający skargę winien odnieść do swoich ofert.

Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, iż strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego traktowane były nierówno.

W tym stanie rzeczy, mając na względzie powołane przepisy, skargę należało oddalić jako bezzasadną-art. 198 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Rozstrzygnięcie o kosztach wywołanych wniesieniem skargi uzasadniają przepisy art. 198 ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99 k.p.c. oraz § 10 ust. 1 pkt. 4 i § 12 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U.

nr 163, poz. 1349 zc zm).