

WYROK
z dnia 21 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice** protestu z dnia 13 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy **GTL-SERVICE Sp. z o.o., ul. Wolności 90, 42-625 Pyrzowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty GTL-Service Sp. z o.o. oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**,

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A., Al. Korfantego 38, 40-161 Katowice** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe całodobowe utrzymanie czystości w Terminalu A i B (w tym przejść granicznych) oraz na terenach zewnętrznych (parkingi wraz z drogami wewnętrznymi i chodnikami), prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji WE 2008/S 125 – 167025 z 1.07.2008 r., w dniu 13 października 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez **Impel Cleaning Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu. Protest był następstwem powiadomienia w dniu 7 października 2008 r. o wyborze oferty wykonawcy **GTL – Service Sp. z o.o.** z Pyrzowic, jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu **Górnośląskiemu Towarzystwu Lotniczemu S.A.** z siedzibą w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) to jest:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji,
- 2) art. 82 ust. 3 przez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,

2

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów Odwołujący podniósł, że

w skład przedmiotu zamówienia wchodzi:

- po pierwsze, kompleksowe całodobowe utrzymanie czystości w Terminalu A i B (w tym przejść granicznych),
- po drugie, utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych (parkingi wraz z drogami wewnętrznymi i chodnikami).

Przedmiot opodatkowania podatkiem od towarów i usług, dla celu ustalenia właściwej stawki tego podatku, jest identyfikowany przy pomocy Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, a zaliczenie oferowanej usługi do prawidłowego grupowania według tej klasyfikacji należy do obowiązków wykonawcy. Na usługi w zakresie stałego utrzymania czystości przejść granicznych, pomieszczeń, holi itp. Terminala A i B, obowiązuje stawka podatku VAT w wysokości 22%, ponieważ usługi te kwalifikuje się do grupowania 74.70 PKWiU, jako sprzątanie i czyszczenie obiektów. Natomiast w zakresie stałego utrzymania terenów zewnętrznych, obowiązuje 7% stawka podatku VAT, zgodnie z pozycją 153 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.), która odsyła do grupowania w PKWiU 90.0 – usługi w zakresie gospodarowania ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne. Mimo obowiązywania dwóch różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do usług, składających się na przedmiot zamówienia, wybrany wykonawca GTL – Service Sp. z o.o. zastosował w stosunku do całego przedmiotu umowy stawkę podatku VAT w wysokości 22%, a więc niezgodnie z powołanymi wyżej podstawami. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy GTL - Service Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie może być traktowany jako oczywista omyłka kwalifikująca się do poprawienia. Odwołujący zażądał:

- 1) uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy GTL – Service Sp. z o.o.,
- 2) odrzucenia oferty GTL - Service Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty spośród ofert ważnych.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 października 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 15 października 2008 r. zgłosił swoje przystąpienie wykonawca GTL - Service Sp. z o.o., który powołał się na interes prawny w utrzymaniu wyboru jego oferty oraz wywodził, że nie popełnił błędu w obliczeniu ceny, podając 22% stawkę podatku VAT na całość usługi, gdyż ma ona charakter kompleksowy. Przystąpienie w dniu 16 października 2008 r. do postępowania protestacyjnego zgłosił również wykonawca Zakłady Usługowe „Południe” Sp. z o.o., który poparł stanowisko Odwołującego.

3

Pismem z dnia 23 października 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, iż:

- 1) uwzględnił go w części żądania uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy GTL Service Sp. z o.o. i powtórzenia oceny ofert,
- 2) oddalił protest w zakresie żądania odrzucenia oferty wykonawcy GTL – Service Sp. z o.o. Zamawiający uzasadnił, że trakcie ponownej oceny ofert, rozstrzygnięciu kwestie związane z zastosowaną stawką podatku VAT w ofercie GTL - Service Sp. z o.o. i w zależności od wyniku przeprowadzonej oceny, podejmie ostateczną decyzję co do wyboru tej oferty, bądź jej odrzucenia.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 28 października 2008 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty protestu oraz żądania:

- 1) nakazania unieważnienia wyboru oferty firmy GTL - Service Sp. z o.o. i powtórzenia oceny ofert,

2) nakazania odrzucenia kwestionowanej oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien od razu wyjaśnić prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT i jednocześnie z decyzją o dokonaniu ponownej oceny ofert, zdecydować czy unieważnić wybór i odrzucić kwestionowaną ofertę. Wobec oddalenia części zarzutów i żądań protestu, Odwołujący uznał za konieczne i celowe wniesienie dalszego środka zaskarżenia. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił swoje przystąpienie w dniu 31 października 2008 r. GTL - Service Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, ofert wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o., GTL - Service Sp. z o.o. oraz Zakładów Usługowych „Południe” Sp. z o.o.

Nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron i reprezentantów Przystępującego do odwołania przedstawione do protokołu rozprawy.

W odniesieniu do zarzutów protestu Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: GTL - Service Sp. z o.o. z miesięczną ceną zryczałtowaną brutto 171 961,38 zł., uznaną za najkorzystniejszą, oferta Impel Cleaning Sp. z o.o. z ceną brutto 214 345,75 zł. i oferta Zakładów usługowych „Południe” z ceną 235 038,02 zł., które otrzymały kolejną punktację w jedynym kryterium ceny.

4

Oferty według oświadczeń stron, nadal pozostają zabezpieczone wadium, a termin związania ofertą uległ zawieszeniu skutkiem wniesienia protestu. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający podał osobne wykazy, dotyczące szczegółowych czynności wchodzących w zakres kompleksowego utrzymania czystości w obiektach, i osobno na terenach zewnętrznych. W punkcie 14 SIWZ Zamawiający zawarł następujący opis sposobu obliczenia ceny. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. W cenie oferty należy wkalkulować wszystkie koszty związane z realizacją umowy. Cena określona przez wykonawcę nie podlega zmianie w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Ceną oferty jest kwota wyrażona w formularzu oferty. Sposób zapłaty i rozliczenia w trakcie realizacji, określone zostały w projekcie umowy – zał. Nr 6 do SIWZ. W formularzu ofertowym (zał. Nr 2 do SIWZ) wykonawca był zobowiązany oświadczyć, że wykona przedmiot zamówienia za zryczałtowaną miesięczną kwotę wynagrodzenia netto w wysokości x złotych plus podatek VAT w wysokości x %, brutto w wysokości x złotych, w tym:

- a) stałe utrzymanie czystości przejść granicznych o łącznej powierzchni 4697 m² cena netto, brutto w tym podatek VAT –%
- b) stałe utrzymanie czystości pomieszczeń, holi, itp. Terminalu A o powierzchni 6100m² cena netto, brutto w tym podatek VAT – %,
- c) stałe utrzymanie czystości pomieszczeń, holi, itp. Terminalu B o powierzchni 9500 m² cena netto, brutto w tym podatek VAT%,
- d) stałe utrzymanie czystości parkingów 1,2,3 o łącznej powierzchni 53 585m² netto, brutto, w tym podatek VAT–%.

Tą samą treść, jak podany wyżej fragment formularza oferty zawiera § 3 wzoru umowy. Z powyższych ustaleń wynika, że Zamawiający wprost oczekiwał cen netto, cen brutto na poszczególne kluczowe elementy zamówienia, z określeniem stawek podatku VAT do nich się odnoszących, w obowiązującej wysokości. Z pisma Zamawiającego z dnia 29 września 2008 r. o wyborze oferty wynika, że zarówno Odwołujący jak i wykonawca Zakłady Usługowe „Południe” Sp. z o.o. podały miesięczną zryczałtowaną kwotę wynagrodzenia rozbiciu na wynagrodzenie za stałe utrzymanie czystości przejść granicznych, pomieszczeń Terminali A i B z zastosowaniem stawki podatku VAT w wysokości 22% i stałe utrzymanie czystości parkingów 1, 2 i 3, z zastosowaniem stawki podatku VAT 7%. Natomiast wybrany wykonawca GTL – Service Sp. z o.o. podał jednolitą stawkę podatku VAT do całości zamówienia, w wysokości 22%. To samo potwierdzają formularze cenowe poszczególnych ofert. W dniu 30 września 2008 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego oraz do Zakładów Usługowych „Południe” Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień i podanie podstawy

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Zamawiający istotnie nazwał zamówienie kompleksową usługą, zawierającą w swoim opisie szereg różnych czynności, które się na nią składają. Główne części składowe usługi podlegają zróżnicowanym stawkom podatku VAT. Nie można zgodzić się z Zamawiającym oraz z Przystępującym do odwołania, że brak jest możliwości podziału przedmiotu zamówienia w taki sposób, że kompleksowe utrzymanie czystości wewnątrz obiektów i kompleksowe utrzymanie czystości terenów zewnętrznych nie może zostać rozdzielone, aby stanowić przedmiot odrębnego zlecenia. Co więcej, Zamawiający dokonał takiego rozdziału, przez opisanie w oddzielnych tabelach załącznika nr 1 do SIWZ zakresów czynności, wchodzących w ich skład. Zamawiający tak też ukształtował formularz oferty oraz postanowienia umowy, aby wykonawca wybrany do realizacji zamówienia, w odrębnych pozycjach na fakturach wystawianych w cyklach miesięcznych, mógł podawać kwoty za poszczególne elementy usługi kompleksowej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT, w odniesieniu do oddzielnych pozycji opisu usługi na fakturze. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, iż dokonany przez niego rozdział czynności wchodzących w skład usługi służy jedynie rozliczeniom z Wojewodą Śląskim, który finansuje utrzymanie przejść granicznych. Art. 106 ust 1 powołanej ustawy o podatku od towarów i usług stanowi, że podatnicy są zobowiązani wystawiać fakturę stwierdzającą w szczególności dokonanie sprzedaży, datę sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. W sytuacji gdy przedmiot sprzedaży jest opodatkowany różnymi stawkami podatku VAT, podatnicy są zobowiązani osobno wykazać ceny jednostkowe stosując stawki podatku stosowne do danej podstawy opodatkowania, o czym stanowi § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług z dnia 25 maja 2005 r. (Dz. U. Nr 95, poz. 798). W załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) – wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%, symbol PKWiU 90.0, do usług w zakresie gospodarki ściekami wywozu oraz unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne stosuje się więc 7% stawkę podatku VAT. Z kolei rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, wprowadza do stosowania między innymi w rachunkowości, podaną w załączniku klasyfikację, gdzie w powołanej pozycji 90.0 zostały zgrupowane usługi w tym: poz. 90.03. 13–00 oczyszczanie ulic, dróg kołowych, placów i innych terenów, usuwanie śniegu i lodu, poz. 90.03. 13–00.20 usługi w zakresie oczyszczania, pozostałe. Z przywołanych wyżej

podstaw jednoznacznie wynika, że stanowisko Odwołującego, co do podania nieprawidłowej stawki VAT w ofercie wybranego wykonawcy, na utrzymanie czystości terenów zewnętrznych, jest w pełni uzasadnione. W pozostałym zakresie usług sprzątania wewnątrz obiektów, zastosowanie znajduje stawka podstawowa podatku VAT w wysokości 22%, co jest bezsporne między stronami. W ocenie Izby, żadna z głównych czynności, wchodzących w zakres zamówienia, nie ma charakteru pomocniczego, względem pozostałej. Zarówno sprzątanie wewnątrz obiektów, jak i sprzątanie terenów na zewnątrz, może przebiegać niezależnie i być przedmiotem odrębnej umowy. Z tego względu w niniejszym przypadku nie można mówić o usłudze kompleksowej w tym znaczeniu, że wykonywanie jednej umożliwia świadczenie drugiej i jest nierozłączne z nią związane. Którykolwiek z elementów głównych przedmiotu zamówienia nie nadaje całości zasadniczego charakteru (wyrok SO w Poznaniu z dnia 9.06.2006 r. sygn. akt II Ca 642/06). Przepis art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 17, poz. 1058) stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów, wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (24.10.2008 r.) stosuje się przepisy

dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących między innymi poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty. W wyniku uchylecia art. 88 Pzp, tematykę tą reguluje art. 87 ust. 2 Pzp, który zezwala na poprawianie w ofercie:

- 1) oczywistych omyłek pisarskich,
- 2) oczywistych omyłek rachunkowych,
- 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Błędna stawka podatku VAT, przy obliczeniu ceny oferty, jako nie nadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp nadal musi być traktowana jako błąd w obliczeniu ceny, kwalifikujący ofertę do odrzucenia z mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zmiana stawki podatku VAT powodowałaby inną cenę brutto, a więc ingerowała w treść oferty. Ponadto zastosowanie błędnej stawki podatku VAT, stanowi niezgodność z odrębnymi przepisami prawa podatkowego. Z przedstawionych względów Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający przez zaniechanie odrzucenia oferty GTL - Service Sp. z o.o. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Natomiast wybór oferty, podlegającej odrzuceniu potwierdza zarzuty Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3, art. 82 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. Natomiast na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazała odrzucenie oferty GTL - Service Sp. z o.o. i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz pozostałych ofert ważnie złożonych.

7

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów Odwołującego – zastępstwa prawnego przez pełnomocnika, Izba na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, orzekła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3600,00 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

8

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

9