

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2009 r,

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dariusz Chrapoński (spr)

Sędziowie: SSO Blanka Zorębska

SSO Olga Gornowicz-Owczarek

Protokolant: sekr. sądowy Barbara Sojka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu**

**przeciwko Górnośląskiemu Towarzystwu Lotniczemu Spółce Akcyjnej w
Katowicach**

przy udziale „GTL-Service” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Pyrzowicach

o udzielenie zamówienia publicznego

**na skutek skargi „GTL-Service” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Pyrzowicach**

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 21 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1258/08

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddała odwołanie;
2. zasądza od wykonawcy Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz skarżącego „GTL-Service” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pyrzowicach kwotę 6.617 zł (sześć tysięcy sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

stwierdzam/
SEKRETARZ
Barbara I Sojka

Sygn. akt XIX Ga 534/08

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 21 listopada 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) uwzględniła odwołanie Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A. w Katowicach (zwanego dalej Zamawiającym) protestu z dnia 13 października 2008 roku i nakazała mu odrzucenie oferty GTL-Service Sp. z o.o. w Pyrzowicach, a nadto rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

KIO ustaliła, że w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe całodobowe utrzymanie czystości w Terminalu A i B i przejść granicznych oraz terenów zielonych w postaci parkingów, chodników i dróg wewnętrznych dnia 7 października 2008 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - GTL-Service Sp. z o.o. Od tego rozstrzygnięcia wniósł protest Impel Cleaning Sp. z o.o., podnosząc naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. poprzez naruszenie zasad równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji;
- art. 82 ust. 3 p.z.p. poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada warunkom SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GTL-Service Sp. z o.o., która zawierała błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu podniesiono, że w ofercie GTL-Service Sp. z o.o. zastosował wadliwie co całego przedmiotu zamówienia stawkę podatku VAT w wysokości 22%, a tym czasem jedynie na usługi stałego utrzymania czystości przejść granicznych, ponieszczeń, holi Terminala A i B obowiązuje stawka podatku w tej wysokości (74.70 PKWiU), natomiast na tego rodzaju usługi świadczone w zakresie terenów zewnętrznych obowiązuje stawka w wysokości 7% (PKWiU 90.0). W ocenie więc protestującego ofertę, którą uznano za najkorzystniejszą należało odrzucić.

Protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego w dniu 23 października 2008 roku, w ten sposób, że uchylono Czynność wyboru oferty GTL-Service Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz oddalono go w

części dotyczącej żądania wykluczenia z postępowania tego uczestnika. W ocenie Zamawiającego dopiero ponowna ocena złożonych ofert pozwoli mu na rozstrzygnięcie wątpliwości dotyczące zastosowania właściwej stawki VAT oraz będzie podstawą do rozstrzygnięcia postępowania.

Na rozstrzygnięcie w części oddalającej protest odwołanie złożył Impel Cleaning Sp. z o.o. podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie. Jego Zdaniem oferta GTL-Service Sp. z o.o. winna zostać odrzucona, gdyż zawierała błąd w zakresie wysokości stawek podatku VAT.

Rozpoznając odwołanie KIO zważył, że Zamawiający mimo, że przedmiot zamówienia nazwał kompleksową usługą, nie mniej jednak główne jej części składowe podlegają zróżnicowanym stawkom podatku VAT. Brak jest podstaw do przyjęcia twierdzeń Zamawiającego, że nie można podzielić przedmiotu zamówienia na utrzymanie czystości wewnątrz obiektów i na zewnątrz, tym bardziej, że w załączniku nr 1 do SIWZ dokonano takiego rozdziału. W tym formularzu oferty osobno należało wskazać należności za poszczególne elementy usługi (tereny wewnętrzne i zewnętrzne) z zastosowaniem właściwej stawki VAT. W sytuacji, gdy przedmiot sprzedaży jest opodatkowany różnymi stawkami podatku VAT podatnicy zgodnie z § 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 roku (Dz. U. Nr 95, poz. 798) są zobowiązani osobno wykazać ceny jednostkowe stosowanie do danej podstawy opodatkowania. Z załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) wynika, że stawka podatku VAT za usługi utrzymania czystości w pomieszczeniach wewnętrznych wynosi 22% (74.70 PKWiU), a za tego rodzaju usługi na terenach zewnętrznych 7% (90.00 PKWiU). W ocenie KIO żadna z głównych czynności wchodzących w zakres zamówienia nie ma charakteru pomocniczego względem pozostałej i każda z tych czynności może być wykonywana niezależnie od drugiej, a co za tym idzie nie może być mowy o usłudze kompleksowej, w tym znaczeniu, że wykonanie jednej uniemożliwia wykonanie drugiej i jest nierozłączne z nią związane, co uzasadniałoby przyjęcie jednej stawki VAT. Błędna stawka podatku VAT przy obliczeniu oferty nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 p.z.p., wobec czego winna być traktowana jako błąd w obliczeniu ceny, kwalifikująca ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Zmiana bowiem stawki podatku VAT wpływałaby na cenę brutto, a więc ingerowałaby w treść złożonej oferty. Na podstawie więc art. 191 ust. 2 pkt 2 p.z.p. KIO nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty GTL-Service Sp. z o.o.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p.

W skardze od tego wyroku GTL-Service Sp. z o.o. domagał się jego zmiany i oddalenia odwołania Impel Cleaning Sp. z o.o. i zasądzenia kosztów postępowania skargowego.

Skarżący zarzucił rozstrzygnięciu:

- błąd w ustaleniach stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że złożona przez niego oferta zawierała błąd w zakresie właściwej stawki podatku VAT;
- naruszenie art. 191 ust. 1a w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez uwzględnienie odwołania, mimo, że nie nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów p.z.p.;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie i nakazanie odrzucenia oferty, mimo braku podstaw do jego rozstrzygnięcia;
- naruszenie poz. 153 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług poprzez przyjęcie zróżnicowanych stawek podatku VAT. Mimo, że usługa objęta zamówieniem ma charakter kompleksowy;
- naruszenie art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług poprzez jego nie zastosowanie, mimo, że przepisy szczególne nie dawały podstawy do zastosowania za usługi utrzymania czystości powierzchni zewnętrznych obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 7%.

W uzasadnieniu Skarżący szczegółowo uzasadniał, że przedmiot zamówienia miał charakter kompleksowy, co dla całej usługi uzasadnia przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 22%.

Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podtrzymano stanowisko zawarte w proteście i odwołaniu.

Zamawiający wniósł o uwzględnienie skargi, przychylając się do wywodów w niej zawartych.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

Punktem wyjścia oceny niniejszej sprawy jest sprecyzowanie przedmiotu zamówienia poprzez rozważenie, czy ma ono charakter kompleksowy. Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ przedmiotem zamówienia było „kompleksowe, całodobowe utrzymanie czystości w Terminalu A i B (w tym przejście graniczne) oraz na terenach zewnętrznych (parkingi wraz z drogami wewnętrznymi i chodnikami)”. Sama nazwa przedmiotu zamówienia nie przesądza jeszcze, że ma ono charakter kompleksowy dla zakwalifikowania jej dla celów podatkowych. Rozwiązania tego problemu należy szukać w treści Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 roku w sprawie Polskiej Kwalifikacji Wyróbów i Usług (PKWiU) - Dz. U. Nr 89, poz. 844 ze zm., którego przepisy miały zastosowanie do niniejszej sprawy.

Zgodnie z § 2 pkt 1 Rozporządzenia Polską Klasyfikację Wyróbów i Usług (PKWiU), o której mowa w § 3, stosuje się do celów podatku od towaru i usług, nie dłużej jednak niż do dnia 31 grudnia 2008 r. Zgodnie z pkt 7.6.8. PKWiU w przypadku gdy usługę, na podstawie przeprowadzonej analizy, można zaliczyć do dwóch lub kilku grupowań, należy przyjąć następujące zasady klasyfikacji, z tym jednak, że porównywać można jedynie grupowania tego samego poziomu hierarchicznego:

- a) grupowanie, które zawiera bardziej dokładny opis czynności, powinno być uprzywilejowane (wybrane) w stosunku do grupowania zawierającego opis ogólny.

b) usługą złożoną, składającą się z kombinacji różnych czynności, której nie można zaklasyfikować zgodnie z w/w zasadą interpretacyjną, powinna być zaklasyfikowana tak, jak gdyby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter.

c) usługę, której nie można zaklasyfikować zgodnie z powyższymi zasadami (ad. a, b), należy zaklasyfikować w grupowaniu odpowiednim dla usługi o najbardziej zbliżonym charakterze.

Z przepisu więc tego wynika wniosek, że gdy usługę, na podstawie przeprowadzonej analizy zaliczyć do dwóch lub kilku grupowań lub jest to służa złożona, wówczas usługę taką należy sklasyfikować, jak gdyby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter, a to oznacza, że decydujące jest kryterium większościowe (*por. uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 lipca 2008 roku, IFSK 871/07*).

Za przyjęciem tezy, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usługą kompleksową przemawiają następujące okoliczności.

1. W świetle treści pkt 4 SIWZ nie było możliwe składania ofert częściowych, a to oznacza, że cały przedmiot zamówienia miał być wykonany przez jednego wykonawcę.

2. Załącznik nr 1 do SIWZ, który w sposób precyzyjny określa wykaz czynności wchodzących w skład usługi, którego treść jednoznacznie wskazuje, że nie ma w niej podziału na utrzymanie czystości wewnątrz i zewnątrz Terminalu. Chodziło tutaj o stałe utrzymanie czystości,

wykonywane przez określoną liczbę pracowników, posiadających przepustki, niezbędne do poruszania się po obiekcie. Usługi te miały być wykonywane w różnych miejscach, w zależności od potrzeb i okoliczności. W nagłych bowiem sytuacjach powodujących powstanie konieczności sprzątnięcia na skutek równych zdarzeń losowych (zarówno wewnątrz jak i na zewnątrz) wykonawca miał zapewnić w ciągu jednej godziny dodatkowy personel. Świadczy to przecież o tym, że okoliczności determinowały konieczność podjęcia właściwych czynności, bez względu na miejsce. Bez znaczenia więc było, czy potrzeby wynikły na zewnątrz, czy też wewnątrz terminala lotniska.

3. Z załącznika nr 5 do SIWZ wynika, że w zakresie wykonywanych usług nadzór miał sprawować jeden koordynator. Daje to podstawę do twierdzenia, że pracownicy wykonawcy mieli utrzymywać czystość pod nadzorem jednej osoby, która koordynowała wszelkie prace, bez podziału, czego one dotyczą.

W ocenie Sądu Okręgowego załącznik nr 2 do SIWZ (formularz ofertowy) nie daje podstawy do twierdzenia, że usługi utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz są niejako od siebie odrębne, z tego powodu, że wynika z niego podział usług na poszczególne elementy, wraz z podatkiem VAT. Wykonawca bowiem miał podać jedną cenę, która miała obejmować wszelkie koszty związek z realizacją umowy, a więc jej rozbieżność na poszczególne elementy ma niejako charakter kalkulacyjny.

Powyższe więc okoliczności świadczą, że mamy do czynienia z jedną, kompleksową usługą, ale co normalne składają się na nią różne czynności. Podkreślenia też wymaga, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ugruntowane jest stanowisko, że nawet w przypadku usług kompleksowych składających się z kilku czynności w sytuacji, gdy czynności te w aspekcie gospodarczym tworzą jedną całość i rozdzielenie ich miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te czynności, czy też świadczenia stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych VAT (*por. wyrok. ETS z dnia 27*

października 2005 r. C-41/04 w sprawie Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris Van Financien).

Z tych też względów prawidłowo rozstrzygnął protest Zamawiający, który jedynie go uwzględnił w części czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a oddalił w części, w której Skarżący domagał się wykluczenia GTL-Service Sp. z o.o. z postępowania, pozostawiając ocenę zagadnień podatkowych przy ponownym rozpoznaniu ofert. Zwrócenia bowiem uwagi wymaga, że zamawiający ma możliwość zwrócenia się w trybie wynikającym z przepisów ordynacji podatkowej o dokonanie interpretacji przepisów podatkowych celem uniknięcia zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Z tych też względów orzeczono jak na wstępie (art. 198 ust. 2 i art. 194 ust. 2 p.z.p. oraz art. 98 k.p.c.).

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z (ORYGINAŁEM