

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący : SSO Alicja Dziekańska (spr.)

Sędziowie: SSO Renata Puchalska

SSO Maria Więckowska - Rzepka

Protokolant: Agnieszka Małek, sekr. sądowy Hanna Nowicka,
po rozpoznaniu w dniu 30 października 2012 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Zakładów Usługowych „Centrum - Usługa” sp. z o.o. w Warszawie
z udziałem Zakładów Usługowych „Wschód” sp. z o. o. w Lublinie, Bogdana Kościelnego
DC System sp. z o.o. w Warszawie

przeciwko PKP Intercity S.A. w Warszawie,

z udziałem Impel Cleaning sp. z o. o. we Wrocławiu

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 lipca 2012 r. Sygn. akt KIO 1395/12

1. oddala skargę,
2. zasądza od Zakładów Usługowych „Centrum - Usługa” sp. z o.o. w Warszawie na rzecz PKP Intercity S.A. w Warszawie kwotę 600 zł (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania

Sygn. akt XXIII Ga 1442/12

UZASADNIENIE

PKP Intercity S.A. w Warszawie jako zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych — t.j. Dz.U. z

2007r, nr 223, poz 1655 (ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki PKP Intercity S.A.". W dniu 26 czerwca 2012r. zamawiający powołując przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniach B, D, E .

Wykonawca Zakłady Usługowe „Centrum-Usługa" Sp. z o.o. w Warszawie w dniu 5 lipca 2012 r. złożył odwołanie na czynności zamawiającego, t.j.:

- 1) unieważnienia postępowania w części B, D, E na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- 2) odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania D na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- 3) zaniechania polegającego na nie wybraniu na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp najlepszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części D,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w części D,
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert/oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia była kompleksowa usługa polegająca na utrzymaniu w czystości taboru kolejowego. Usługa ta, zgodnie z zał. nr 4a, 4b, 4c i 4d do SIWZ została podzielona przez zamawiającego na czynności, w tym

czynności podstawowe jak mycie okresowe, czyszczenie codzienne i pobieżne oraz czynności dodatkowe, nie występujące we wszystkich zadaniach m.in. wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów oraz wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC. Zgodnie z §3 ust 4 umowy stanowiącej zał. nr 8 do SIWZ wykonawca zobowiązuje się do wykonywania czynności dodatkowych - po otrzymaniu dyspozycji od zamawiającego, stąd w ocenie odwołującego czynności zlecane przez zamawiającego w miarę potrzeb, nie pozostają z czynnościami podstawowymi w stosunku kompleksowości, możliwe byłoby bowiem świadczenie usług podstawowych bez konieczności wykonywania czynności dodatkowych, a także świadczenie samych usług dodatkowych bez konieczności wykonywania jakichkolwiek usług podstawowych.

W stosunku do czynności polegających na wywozie śmieci z oczyszczonych wagonów

ly,

oraz na opróżnianiu nieczystości ze zbiorników WC z zamkniętym obiegiem obowiązującą stawką podatku VAT jest niższa stawka w wysokości 8%. W rezultacie powyższych ustaleń odwołujący określił w ofercie cenę z uwzględnieniem dwóch różnych stawek podatku VAT, tj stawki 8% i 23%. Pomimo uzyskania przez zamawiającego wyjaśnienia odwołującego na temat powyższego sposobu wyliczenia ceny, zamawiający dopatrył się w przedmiotowej ofercie nieuzasadnionego wyodrębnienia z kompleksowej usługi utrzymania w czystości wagonów i lokomotyw, usług wywozu śmieci i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC i uznał, że cena w przedstawionej przez odwołującego ofercie została obliczona błędnie, przez co oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

thr Odwołujący wskazał dodatkowo na stanowisko zamawiającego zajmowane w toku postępowania w zakresie stawek podatku VAT. Na pytanie dotyczące treści SIWZ w zakresie stawek podatku VAT zamawiający wskazał, że w przygotowanych przez niego formularzach należy umieszczać jedynie ceny netto. Niezrozumiałe dla odwołującego było więc działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie wskazania rzekomo niewłaściwej stawki podatku VAT, skoro intencją zamawiającego była weryfikacja ofert jedyne w oparciu o cenę netto.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie Zakładów Usługowych „Centrum-Usługa” Sp. z o.o. w Warszawie ustaliła, iż do odwołania tego zgłosili przystąpienie :

- po stronie odwołującego : Zakłady Usługowe „Wschód” Spółka z o.o. w Lublinie, Bogdan Kościelny i DC System Sp. z o. o. w Warszawa, oraz
- po stronie zamawiającego : IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław.

Wyrokiem z dnia 23 lipca 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie w zadaniach: B, D, E wniesione przez Zakłady Usługowe „Centrum- Usługa” sp. z o.o. w Warszawie i stosownie do wyniku orzekła o kosztach .

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż rozstrzygnięcie tego odwołania sprowadzało się do ustalenia, czy mamy do czynienia z usługą o charakterze kompleksowym, a tym samym czy zasadne było zastosowanie jednej stawki podatku VAT 23%, czy należało było zastosowanie dwóch stawek podatkowych, tj. stawki 23% oraz stawki 8% dla czynności polegających na usłudze wywozu śmieci z oczyszczonych wagonów i usługi wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC.

Wydając wyrok Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zamawiana usługa kompleksowego utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach posiada charakter usługi kompleksowej, a zatem dla całości zamówienia należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.

Rozpoznając odwołanie Izba wzięła pod uwagę :

- postanowienia SIWZ,
- orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej,
- Naczelnego Sądu Administracyjnego,
- Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,
- stanowisko Ministra Finansów, w tym zawarte w piśmie z 30.03.2012r.,
- interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej z 30 kwietnia 2012r,
- informację Urzędu Statystycznego z 27.01.2012r,
- argumentację stron, w tym zawartą w opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie zamawiającego.

Mając na uwadze postanowienia SIWZ, w tym w szczególności Rozdział III — Opis zamówienia, Rozdział XII - Opis sposobu obliczania ceny , Rozdział XIII - Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny oferty — Izba ustaliła, iż cena oferty winna była obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, a jako cenę oferty należało uznać wartość netto powiększoną o podatek VAT. W pkt XII.8, zamawiający

wskazał też, że cenę oferty na poszczególne zadania stanowi: wartość za zamówienie netto określona i wyliczona w Formularzu cenowym netto, powiększona o podatek VAT. Zgodnie natomiast z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004r, nr

54, poz. 535 z późn. zm.) prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy.

W ocenie Izby okoliczność odwołania we wzorze obliczenia ceny - do ceny usługi netto nie może też stanowić argumentu, że przy dokonywaniu oceny ofert winno się brać pod uwagę jedynie cenę netto, gdyż nie ulega wątpliwości, że ceną jest cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, póź. 1050 z późn. zm.), czyli cena brutto.

Izba powołała się też na swój wyrok z 28 maja 2012r w sprawie KIO 904/12, KIO 911/12 i KIO 918/12, w uzasadnieniu którego wskazała, iż w polskich przepisach prawa podatkowego brak jest legalnej definicji oraz szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych, stąd każda sytuacja winna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia). Jeżeli świadczenia tworzą usługę o charakterze kompleksowym, to wówczas dla celów jej opodatkowania powinny tworzyć całość. Dla ustalenia właściwej stawki podatku VAT winno przyjąć się więc jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej (jak NSA z 25 stycznia 2001r, I FSK 499/06 oraz z 2 grudnia 2008r I FSK 1946/07).

Powołując orzecznictwo ETS w sprawie C 349/96 Izba wskazała, iż ETS uznał, iż każde świadczenie należy traktować jako odrębne i niezależne, świadczenie jednak składające się z ekonomicznego punktu widzenia z jednolitej usługi nie powinno być dzielone. Świadczenie jednolitej usługi ma miejsce, gdy jeden lub więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie główne, podczas gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenie dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak do usługi głównej. Usługa musi być uznana za dodatkową, gdy nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek do lepszego wykorzystania dostarczonej usługi głównej.

Izba powołała też stanowisko Ministra Finansów, wskazując, iż jest to stanowisko podobne do prezentowanego przez ETS, gdyż Minister w piśmie z 30 marca 2012r stwierdził, iż transakcja złożona z jednego — w sensie ekonomicznym, świadczenia nie powinna być sztucznie dzielona, a przy ustaleniu, czy jest to świadczenie kompleksowe należy brać wszystkie okoliczności w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja.

Odnosnie informacji interpretacji indywidualnej z 30 kwietnia 2012r wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu na wniosek Zakładu Usługowego „Zachód” sp. z o.o. Izba wskazała, iż nieuprawnionym byłoby ocenianie ofert przez przyznanie interpretacji wydanej na rzecz innego podmiotu.

Odnosnie informacji Urzędu Statystycznego w Łodzi z 27 stycznia 2012r Izba wskazała, iż powyższa opinia może stanowić dla wykonawcy ewentualnie wskazówkę co do zastosowania właściwej stawki podatku VAT, jednak nie jest ona wiążąca ani dla organu podatkowego, ani dla podatnika.

Odnosnie opinii z 17 lipca 2012r. Izba wskazała, iż jest to opinia sporządzona na zlecenie zamawiającego, sąd nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowana jako część argumentacji zamawiającego.

Odnosnie samego stanowiska zamawiającego Izba wzięła pod rozwagę jego argumentację, iż część z usług objętych przedmiotem zamówienia, będzie wykonywana po otrzymaniu dyspozycji zamawiającego, jednak nie determinuje to i nie może być kluczowe dla oceny charakteru kompleksowości danej usługi. Nie ulega wątpliwości, że takie usługi, jak wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów oraz wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC, nie muszą, a nawet w niektórych przypadkach nie mogą być wykonywane podczas każdego czyszczenia wagonów.

Badając charakter przedmiotowej usługi Izba uwzględniła okoliczność liczby pasażerów w pociągach kursujących na danych liniach i warunki terenowe dla

wykonywania poszczególnych czynności. Izba wzięła też pod uwagę, że usługi dodatkowe stanowią mniejszy procent udziałowy w porównaniu do czynności głównej, którą jest mycie i czyszczenie wagonów, a zatem nie można przypisać ww. usługom istotnego pod względem ekonomicznym udziału w całości zamawianej usługi.

Reasumując, Izba uznała, iż przedmiotowa usługa ma charakter kompleksowy, a zatem prawidłowym było przyjęcie przez zamawiającego dla całego przedmiotu zamówienia podstawowej stawki podatku VAT, a zatem, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutów odwołującego dotyczących dokumentów złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Impel Cleaninig sp. z o.o., Izba uznała zarzuty te jako spóźnione.

Od powyższego wyroku skargę wniosły Zakłady Usługowe „Centrum - Usługa” sp. z o.o. w Warszawie zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu :

- a) błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że usługi objęte przedmiotem zamówienia publicznego posiadają charakter kompleksowy, podczas gdy świadczone usługi mogą być wykonywane w sposób niezależny od siebie, nie są współzależne ani też nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej,
- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez uznanie, że oferta zawierająca ustalenie ceny w oparciu o dwie stawki podatku VAT (8% i 23%) zawiera błąd w ustaleniu ceny i w rezultacie jego bezpodstawne zastosowanie,
- c) błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, iż działanie wykonawców Impel Cleaninig sp. z o.o. i DC System sp. z o.o. nie narusza dobrych obyczajów i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,
- d) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie,
- e) naruszenie art. 196 ust. 4 Pzp wobec niewyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na jakiej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła kompleksowy charakter usług objętych przedmiotem zamówienia.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez :

- a) nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki PKP Intercity S. A. w części D ,
- b) nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego ,
- c) nakazanie przeciwnikowi ponownej oceny ofert / oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp,
- d) oddalenie odwołania DC System sp. z o.o.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych oraz o zwolnienie skarżącego od obowiązku ponoszenia opłaty od skargi. Postanowieniem Sądu Okręgowego z 18 września 2012r wniosek skarżącego o zwolnienie od kosztów sądowych został oddalony. Skarżący w wymaganym terminie uiścił opłatę sądową od skargi.

Skarżący wskazał, iż wobec ujawnienia w toku postępowania o udzielenie

- Z ■ z

zamówienia publicznego wątpliwości co do zastosowania w ofercie właściwej stawki VAT i wobec uchylenia się zamawiającego od rozstrzygnięcia tej kwestii, wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali opinię Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi, który wskazał numer PKWiU dla usługi „wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów” oraz „wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym WC i zbiornik”. Na tejże podstawie, na wniosek Zakładów Usługowych „Zachód” sp. z o.o. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu dnia 30 kwietnia 2012r wydał zaś interpretację indywidualną, w której wskazał, iż z zaprezentowanego przez wnioskodawcę stanu faktycznego wynika, iż przedstawiona mu interpretacja przepisów prawa podatkowego, sprowadzająca się do wniosku, iż należy w tym stanie faktycznym stosować stawki podatku VAT 8% i 23% jest prawidłowa. Dyrektor Izby Skarbowej wskazał ponadto, iż przedmiotowe usługi mogą być świadczone w sposób niezależny od siebie, nie są współzależne, ani nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i pomocniczej, a zatem nie można uznać, że wykonawca będzie świadczył usługę złożoną.

W opinii skarżącego Izba nie dokonała wykładni przepisów prawa podatkowego, a uzasadnienie wydane przez Izbę wyroku ma charakter pozorny i nie odnosi się do meritum sprawy. Izba bowiem poprzestała jedynie na zaprezentowaniu wskazanych w uzasadnieniu wyroku stanowisk oraz orzecznictwa, z uzasadnienia nie wynika jednak dlaczego Izba uznała kompleksowy charakter przedmiotu zamówienia. Skarżący wskazał też, iż samo stanowisko KIO pozostaje w jawnej sprzeczności ze stanowiskiem Ministra Finansów wyrażonym w indywidualnej interpretacji z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Odnosząc się do orzecznictwa ETS skarżący w szczególności wskazał, iż jego zdaniem usługi wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC oraz wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów są z gospodarczego punktu widzenia samoistne, tj. ich wyłącznym celem nie jest umożliwienie wykonania usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego. Potwierdza to również fakt, że usuwanie nieczystości dokonywane jest na oddzielne zlecenie i nie jest zdefiniowane jako czynność podstawowa, ale jako świadczenie dodatkowe (komplementarne). Aby przesądzić o możliwości stosowania jednolitej stawki podatku VAT nie wystarczy zdaniem skarżącego ustalenie, że poszczególne usługi pozostają względem siebie w relacji kompleksowości, konieczne jest także wykazanie ich ekonomicznej jedności przejawiające się tym, że jedno lub kilka świadczeń ma charakter usługi głównej, a pozostałe usług pomocniczych służących lepszemu korzystaniu z usługi głównej.

Dodatkowo skarżący wskazał, iż na tle tożsamego stanu faktycznego interpretacji przepisów dokonały właściwe organy podatkowe. Nie twierdząc, iż dokonana przez nie interpretacja miała charakter wiążący, Izba wydała jednak wyrok wbrew przedstawionemu orzecznictwu oraz stanowisku oficjalnych organów, mającemu charakter wykładni formalnej, stanowiącej istotny element wykładni prawa.

Za niedopuszczalną skarżący uznał sytuację, w której tożsamy stan faktyczny oceniany jest przez dwa różne organy administracji państwowej w sposób diametralnie inny, w rezultacie czego w identycznych stanach faktycznych mogą być stosowane różne stawki podatku VAT. Jeżeli dany wykonawca przygotowuje ofertę w oparciu o wiążącą

W interpretację indywidualną wydaną przez Ministra Finansów nie powinien ponosić z tego tytułu żadnych negatywnych konsekwencji, a Krajowa Izba Odwoławcza powinna zmierzać do jednolitości wykładni prawa przez organy administracji państwowej.

Skarżący zauważył ponadto, iż w praktyce niezależność i samoistość usługi opróżniania zbiorników WC z zamkniętym obiegiem nie budzi kontrowersji i tytułem przykładu powołał okoliczność organizowania postępowania przetargowego przez Koleje Śląskie osobno dla usługi utrzymania taboru kolejowego w czystości, osobno dla

opróżniania zbiorników WC.

Odnosnie zarzutów z pkt c) i d) skargi skarżący wskazał, iż dla uzyskania zamówienia Impel Clearing sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. posłużyli się tym samym doświadczeniem, co w sposób niedopuszczalny multiplikowało posiadane przez te spółki

doświadczenie i doprowadziło do obejścia wymagań wynikających z SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o :

1. oddalenie skargi w zakresie w jakim zamawiający jest przeciwnikiem skargi, czyli w zakresie dotyczącym oddalenia przez KIO odwołania wniesionego przez skarżącego;
2. nieuwzględnienie wniosku o przeprowadzenie dowodu z zapytań ofertowych Kolei Śląskich NR KS/ZP/21/2011 oraz NR KS/ZP/25/2011;
3. zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazano, że Izba w sposób prawidłowy podzieliła stanowisko zamawiającego i przyjęła, że zamawiana usługa kompleksowego utrzymania w czystości wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach zamawiającego posiada charakter usługi o charakterze kompleksowym, a zatem dla całości zamówienia wykonawca winien zastosować jednolitą - 23% - stawkę podatku VAT. Odmienne stanowisko Izby w tym zakresie, w ocenie zamawiającego doprowadziłoby do sztucznego podziału zamówienia, który jest niedopuszczalny z punktu widzenia systemu podatkowego.

Zamawiający podniósł również, że ocena złożonych dokumentów, w tym w szczególności Interpretacji indywidualnej z dnia 30 kwietnia 2012r Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu wydanej na wniosek Zakładów Usługowych „Zachód” sp. z o.o.

W została dokonana przez Izbę w sposób prawidłowy. Interpretacja ta wydana została w innym stanie faktycznym i z tego względu nie może mieć mocy wiążącej i przesądzającej w niniejszej sprawie.

Dopuszczenie wniosków dowodowych skarżącego w zakresie przeprowadzenia postępowania dowodowego z zapytania ofertowego wystosowanego przez zamawiającego - Koleje Śląskie nr KS/ZP/21/2011 oraz nr KS/ZP/25/2011 w ocenie zamawiającego jest natomiast bezcelowe. Prowadzone bowiem przez tego zamawiającego postępowania przetargowe nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie, albowiem ich przedmiot nie jest tożsamy z tym, prowadzonym przez zamawiającego.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż skarżący nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1412/12 dotyczącego odwołania

wniesionego przez Impel Clearing sp. z o.o. , stąd na podstawie art. 198a ust 1 Pzp nie przysługuje mu skarga w zakresie zarzutów dotyczących ofert wykonawców Impel Clearing sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. i z tych względów skarga w zakresie tych zarzutów powinna podlegać odrzuceniu, jako wniesiona przez podmiot nieuprawniony.

W piśmie z 26 października 2012r skarżący wniósł o przeprowadzenie postępowania dowodowego z interpretacji indywidualnych z 10 października 2012r wydanych na wniosek skarżącego przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie na okoliczność prawidłowego oznaczenia ceny przez skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz z pisma Impel Clearing sp. z o.o. do skarżącego z

23 października 2012r na okoliczność naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez Impel

Cleaning sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. Na rozprawie w dniu 30 października 2012r. Sąd Okręgowy postanowił o dopuszczeniu tych dowodów.

Na rozprawie w dniu 30 października 2012r Sąd Okręgowy postanowił o oddaleniu zgłoszonej przez zamawiającego opozycji przeciwko przystąpieniu Bogdana Kościelnego oraz Zakładów Usługowych „Wschód” sp. z o.o.

Na rozprawie w dniu 30 października 2012r. Zakłady Usługowe „Wschód” sp. z o.o. oraz Bogdan Kościelny popierali skargę, zaś DC System Sp. z o.o. wniósł o oddalenie skargi, zaś w zakresie przekraczającym rozpoznanie skargi od wyroku KIO 1395/12 wniósł o odrzucenie skargi.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Zgodnie z przepisem art. 198a ust 2 ustawy Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji — o ile przepisy rozdziału 3 ustawy o Pzp nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 198a ust 1 Pzp na orzeczenie Izby skarga przysługuje jedynie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 185 ust 3 Pzp uczestnikiem jest natomiast wykonawca który przystąpił do postępowania odwoławczego i ustalona przez Izbę okoliczność przystąpienia do niniejszego postępowania Bogdana Kościelnego i Zakładów Usługowych „Wschód” sp. z o.o. nie była kwestionowana i znalazła wyraz we wskazaniu tych podmiotów w wyroku KIO z 23.07.2012r jako

uczestników postępowania. Przedmiot rozpoznawanej skargi określony jest więc przedmiotowo i podmiotowo do przedmiotu i stron samego postępowania odwoławczego. Powyższe stanowiło bezpośrednią podstawę do uznania braku podstaw do badania na obecnym etapie postępowania interesu tych uczestników w udziale w niniejszej sprawie. Zauważyć też należy, iż uczestnicy ci nie zgłaszali interwencji w niniejszym postępowaniu skargowym, stąd zgłoszenie opozycji przeciwko ich przystąpieniu jest niezrozumiałe. Z tych względów w ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do uwzględnienia zgłoszonej na rozprawie przed Sądem Okręgowym opozycji zamawiającego „przeciwko przystąpieniu” do niniejszego postępowania uczestników Bogdana Kościelnego i Zakładów Usługowych „Wschód” sp. z o.o. (art. 77 §1 kpc, art. 78§1 i 2 kpc).

Zauważyć też należy, iż niezależnie od tożsamości zamówienia stanowiącego w tej sprawie podstawę do zgłaszania ofert przez różnych wykonawców, każde odwołanie od decyzji zamawiającego inicjowało w myśl ustawy Pzp odrębne postępowanie odwoławcze, do którego mogą — ale nie muszą — przystąpić inni oferenci, stając się wtedy, zgodnie z przepisem art. 185 ust 3 Pzp uczestnikami danego postępowania odwoławczego (zakończanego przedmiotowo zakresem samego odwołania). W niniejszym stanie faktycznym skarżący w pkt c) oraz d) skargi przedstawił zarzuty dotyczące oceny ofert złożonych przez Impel Cleaning sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o., stąd ofert nie stanowiących przedmiotu rozpoznania niniejszej skargi. Z tych względów zarzut błędu w ustaleniach faktycznych Izby dotyczący oceny naruszenia dobrych obyczajów i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez tychże oferentów — jako zarzut bezprzedmiotowy w niniejszym postępowaniu, nie mający też wpływu na ocenę zasadności skargi Zakładów Usługowych „Centrum — Usługa” sp. z o.o. których oferta została odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny - Sąd Okręgowy pominął.

Izba w uzasadnieniu swojego wyroku dokonała ustalenia stanu faktycznego sprawy, zdefiniowała problem stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia, powołała oferowane przez strony stanowiska, stanowiska organów administracyjnych, orzecznictwo oraz przepisy prawa. Skarżący w pkt e) skargi zarzucił, iż uzasadnienie to nie spełniało jednak wymogów przepisu art. 196 ust 4 Pzp, gdyż nie wyjaśniało na jakiej podstawie Izba

przyjęła kompleksowy charakter usług objętych przedmiotowym zamówieniem. Odnośnie tego zarzutu skargi zauważyć należy, iż uzasadnienie wyroku powinno stanowić

wyjaśnienie stanowiska składu orzekającego, umożliwiające stronom postępowania weryfikację ich stanowisk, zaś instancji odwoławczej - kontrolę instancyjną. Zarzut naruszenia przepisu art. 196 ust 4 Pzp prowadzący do wzruszenia wyroku jest więc jedynie wtedy skuteczny, gdy braki uzasadnienia w ogóle uniemożliwiają zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia. W przedmiotowym uzasadnieniu zawarta została ocena Izby dotycząca charakteru objętej zamówieniem usługi oraz prawidłowości zastosowanej przez oferenta stawki VAT. Aczkolwiek w istocie nie zawarto w uzasadnieniu rozważań, ani stwierdzeń Izby dotyczących tego, jakie konkretnie okoliczności powoływane w przedstawianych w uzasadnieniu argumentach i stanowiskach przekonały Izbę o kompleksowym charakterze usługi, to w uzasadnieniu wyroku Izba po stwierdzeniu o podzieleniu stanowiska zamawiającego o kompleksowym charakterze usługi powołała — na poparcie swego stanowiska — szereg wywodów dotyczących spełniania przez usługę przesłanki kompleksowości. Powyższe umożliwiało dokonanie oceny toku wyводу Izby i kontrolę wydanego orzeczenia. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 196 ust 4 Pzp Sąd Okręgowy uznał za niezasadny.

Odnośnie zarzutu skarżącego naruszenia art. 89.1 ustawy Pzp wskazać należało, iż wymienione w tym przepisie przesłanki stanowią podstawy odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej z wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie odrzucenia oferty. Jako podstawę odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp — czyli stan braku oferty niepodlegającej odrzuceniu, w sytuacji, w której oferta skarżącego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp. W istocie więc podstawą odrzucenia przedmiotowej oferty było stanowisko zamawiającego, że objęta zamówieniem usługa ma charakter kompleksowy oraz ustalenie przez zamawiającego, iż oferta Zakładów Usługowych „Centrum — Usługa” sp. z o.o. zawiera błędy w obliczeniu ceny. Okolicznością bezsporną było natomiast, iż przedmiotowy błąd dotyczył oceny czy wywóz śmieci z wagonów i wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC należało uznać jako wchodzące w skład usługi kompleksowej na wykonanie której zamawiający wszczął procedurę zamówienia publicznego — czy nie wchodzące w skład tejże usługi. Od przesądzenia powyższego zależy wysokość należnego podatku VAT i tym samym prawidłowość przygotowania przez skarżącego oferty i w konsekwencji zasadność skargi. Zarzut skarżącego dotyczący powyższej kwestii został sformułowany w pkt a)

skargi jako zarzut błędu w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że usługi objęte przedmiotowym zamówieniem posiadają charakter kompleksowy, podczas gdy świadczone usługi mogą być wykonywane w sposób niezależny od siebie, nie są współzależne, ani nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej.

Zgodnie z przepisami 198a ust 2 ustawy Pzp oraz kodeksu postępowania cywilnego o apelacji Sąd Okręgowy ocenia skuteczność wniesionej skargi mając na względzie stan sprawy, w tym w szczególności treść zamówienia sprecyzowanego w SIWZ, przedstawione dowody oraz obowiązujące przepisy, dokonując też własnej interpretacji tychże przepisów.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, iż zamawiający prowadził w trybie

W

przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki PKP Intercity S.A.". Oceny spełnienia warunku kompleksowości tej usługi dokonać należało zdaniem Sądu Okręgowego - w danym stanie faktycznym sprawy. Sama bowiem fizyczna możliwość podziału (zgodnie z SIWZ około 20) usług wchodzących w skład przedmiotowej usługi na odrębne zamówienia, w tym okoliczność przeprowadzenia przez inny podmiot przetargu na podobny lub nawet tożsamy zakres usług z podziałem na

odrębne zamówienia — nie może być przesądzającym dla oceny spełnienia warunku kompleksowości przedmiotowej usługi. Bezsprzeczna jest tu okoliczność, iż na usługę kompleksową z reguły składa się szereg usług, które mają niejako odrębny byt gospodarczy, tj. każda z nich może być zamawiana i wykonywana niezależnie przez różne podmioty, na podstawie odrębnych umów. Dodatkowo każdej z tych usług przypisany jest z reguły odrębny symbol PKWiU i właściwa stawka podatku VAT. Istotnym jest natomiast, czy o kompleksowym charakterze usługi może przesądzać wola zamawiającego ujawniona poprzez ogłoszenie jednego zamówienia, na jedną usługę kompleksową, którą objęte są wszystkie wskazane w SIWZ usługi. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczność ta - nie przesądzająca kompleksowego charakteru usługi - winna jednak być brana pod uwagę. W niniejszym stanie faktycznym sprawy zamawiający określił przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową, zawierającą w sobie szereg sprecyzowanych w SIWZ czynności mających na celu utrzymanie wagonów i lokomotyw w czystości - od mycia dachów wagonów, okien i ram z zewnątrz, poprzez mycie, odkurzanie, czyszczenie, dezynfekcję wnętrza wagonów i lokomotyw, wyposażanie wagonów w pakiety sanitarne, kończąc na wywozie śmieci i wybieraniu nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC. Z punktu widzenia zamawiającego uznać można, iż dopiero wykonanie wszystkich usług w cyklu czynności podejmowanych w ramach zamówionej usługi kompleksowej - składało się na osiągnięcie celu gospodarczego, jakim dla zamawiającego jest utrzymanie taboru w czystości. Z punktu widzenia osiągnięcia tego celu sporne usługi wywozu śmieci z wagonów i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC nie stanowią dla zamawiającego nowej, dodatkowej wartości, niezależnej od samego utrzymywania taboru w czystości, ale stanowią środek do osiągnięcia celu jakim jest utrzymanie stanu czystości. Z tych względów należy uznać, iż dopiero wszystkie usługi składające się na objętą zamówieniem usługę kompleksową stanowiły gospodarczą całość. Dodatkowo wskazać należy, iż w ocenie Sądu dwie powyższe, sporne usługi - z perspektywy biznesowej, nie zostałyby zamówione, gdyby nie świadczenia główne, jakimi byłyby same, szeroko rozumiane usługi sprzątnięcia. Wskazać też należy, iż braku charakteru kompleksowości dwóch powyższych usług nie można wywodzić z okoliczności, iż usługi te miały być odrębnie zlecane. Zauważyć bowiem należy, iż wszystkie czynności/usługi składające się na zamawianą usługę kompleksową uzależnione były od zleceń konkretyzujących, wynikających z podziału na linie/trasy jak i potrzebę wykonania danej czynności. Brak przykładowo — codziennej potrzeby wykonania danej usługi (choćby mycia dachu wagonu czy dezynfekcji), nie może przesądzać o braku potrzeby jej wykonywania dla uzyskania oczekiwanego dla zamawiającego stanu czystości, a tym samym stanowić podstawę do oceny, iż dana usługa nie pozostaje z czynnościami podstawowymi w stosunku kompleksowości.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż sporne usługi wywozu śmieci z wagonów i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC składają się na objętą zamówieniem PKP Intercity S.A. usługę kompleksową.

Powyższe stanowisko w ocenie Sądu Okręgowego zgodne jest z pojęciem usługi kompleksowej, wprowadzonej do praktyki obrotu gospodarczego wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-349/96. W uzasadnieniu tego orzeczenia ETS wskazał, że gdy kilka świadczeń obejmuje jedną usługę, nie można dzielić jej sztucznie dla celów podatkowych. Równocześnie ETS wyodrębnił usługę zasadniczą i pomocniczą wskazując, iż usługa pomocnicza nie może stanowić celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W sprawie C-41/04 ETS wskazał natomiast, iż z punktu widzenia odbiorcy poszczególne świadczenia w usłudze kompleksowej powinny być tak ściśle ze sobą związane, że w aspekcie gospodarczym są jednym świadczeniem, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W sprawie C-34/99 ETS wskazał, iż w przypadku wykonywania wielu świadczeń, jedno z nich powinno zostać uznane za usługę główną, a pozostałe za usługi pomocnicze (dla celów podatkowych traktowane jak usługa główna) — wtedy gdy usługi pomocnicze nie są dla nabywcy celem samym w sobie, a są jedynie środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Wskazać tu należy, iż powyższe orzecznictwo ETS i prezentowane w nich tezy wskazywane też były w licznych, powoływanych w toku niniejszego postępowania orzeczeniach, interpretacjach i stanowiskach.

Rozpoznając spór Sąd Okręgowy nie podzielił natomiast stanowiska zawartego w

interpretacji indywidualnych ocenianych przez Izbę w toku postępowania odwoławczego. Interpretacje te zostały sporządzone na wniosek innych, niż strony lub uczestnicy niniejszego postępowania podmiotów, stąd nieuprawnionym było ocenianie przedmiotowej oferty przez przyznan interpretacji wydanej na rzecz innego podmiotu. Odnosnie interpretacji złożonych w toku rozpoznawanej przed Sądem Okręgowym skargi wskazać należy, iż aczkolwiek dotyczyły tego zamówienia i uczestnika tego postępowania — to w istocie interpretacje te stanowiły odpowiedź na wniosek w którym zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa przedstawione winno być zagadnienie wymagające interpretacji. Sądowi Okręgowemu nie został przedstawiony jednak sam wniosek o udzielenie interpretacji, stąd nie wiadomo jak w istocie został on sformułowany, w tym w szczególności - czy zgodnie z SIWZ. Z tych względów w istocie nie pozwalało to na ustalenie, czy przedstawione interpretacje dotyczyły usług stanowiących przedmiot tego postępowania. Zauważyć też należy, iż z samej już treści przedstawionych interpretacji wynika, iż we wniosku o ich wydanie wnioskujący już założył, iż zapytanie to dotyczy zamówienia w którym (dwie) sporne usługi są odrębne od całego zamówienia.

Zauważyć też należy, iż powyższe interpretacje wydane na podstawie przepisów ustawy ordynacja podatkowa, stanowią wskazanie skutków podatkowych dla sytuacji opisanych we wniosku o dokonanie interpretacji. Niezależnie od powyższego wskazać tu natomiast należało, iż Sąd Okręgowy rozpoznając skargę nie jest związany interpretacją przepisów dokonaną przez Ministra Finansów na podstawie ustawy ordynacja podatkowa.

Odnosnie opodatkowania tzw. świadczeń złożonych, wskazać należało, iż kwestia ta nie została precyzyjnie uregulowana przez ustawodawcę, w tym ani w polskiej ustawie o VAT, ani w Dyrektywie 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Bezsporną, wynikającą z praktyki gospodarczej, w tym potwierdzoną przez Ministra Finansów zasadą opodatkowania usług kompleksowych złożonych z kombinacji różnych usług, jest opodatkowanie wszystkich usług tak, jak usługi która nadaje całości zasadniczy charakter. W niniejszym stanie faktycznym konsekwencją przyjęcia kompleksowego charakteru usługi utrzymania taboru kolejowego w czystości było uznanie za prawidłowe stanowiska zamawiającego o wymogu opodatkowania wszystkich, składających się na tę usługę czynności podatkiem 23%. Skoro oferta sporządzona przez skarżącego została przygotowana niezgodnie z tą zasadą — prawidłowo została odrzucona.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198a Pzp oraz art.385 kpc orzekł o oddaleniu skargi.

Wobec tego, że zamawiający, reprezentowany w niniejszej sprawie przez radcę prawnego w odpowiedzi na skargę żądał kosztów postępowania wywołanego jej wniesieniem, to z mocy art. 198f ust. 5 Pzp oraz art. 98 kpc w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., oraz § 10.1 pkt 4 i § 12.1 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonego przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu — o kosztach orzeczono jak w pkt 2 wyroku.

o ' ' WAdfYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
% / z/i-zpodność