

Sygn. akt. KIO/UZP 112/08

WYROK
z dnia 26 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~* 26.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Ciołka 16, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Portu Praskiego i Terenów Publicznych, ul. Ks. I. Kłopotowskiego 38/5, Warszawa** protestu / protestów* z dnia 23.01.2008 r. przy udziale **POLSUPER Sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Ciołka 16, Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Ciołka 16, Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Ciołka 16, Warszawa**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wykonania „prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy.” (numer referencyjny ZPPIiTP 05/UP/07). W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, w tym oferta Odwołującego się. W dniu 16 stycznia 2008 roku, Zamawiający przekazał wykonawcą drogą faksową informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując na ofertę POLSUPER Sp. z o.o. z Warszawy. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części I pkt 7 dopuszczona została forma przekazywania zawiadomień za pomocą faksu.

Odwołujący, w dniu 23 stycznia 2008r. wniósł do Zamawiającego protest, zarzucając w nim naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, pomimo iż jest ona sprzeczna z ustawą wskutek podania błędnych stawek podatku VAT. Dla uzasadnienia stawianych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż w wybranej ofercie Wykonawca podał

w kosztorysie ofertowym błędne stawki podatku VAT w odniesieniu do dwóch pozycji: usługi koszenia chwastów (poz. 21) – 3% oraz usługi zakupu i ustawienia koszy betonowych (poz. 22) – 22 %. Zdaniem Odwołującego w odniesieniu do obu ww. usług należało zastosować 7% stawkę podatku VAT, jako odnoszącą się do kompleksowej usługi utrzymania czystości. Za punkt wyjścia do uznania niezgodności treści oferty, Odwołujący powołał się na okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie kompleksowej usługi, co implikuje konieczność rozpoznawania obowiązku podatkowego i stosowania stawki podatkowej VAT w odniesieniu do wszystkich świadczeń objętych tą usługą kompleksową łącznie, a nie w odniesieniu do poszczególnych czynności składających się na tę usługę. Zatem dla wszystkich czynności wchodzących w skład świadczenia kompleksowego, w ocenie Odwołującego powinna zostać zastosowana jedna stawka podatku VAT, właściwa dla świadczenia podstawowego, tj 3 %. Jako decydujące kryterium oceny, czy dana czynność ma charakter podstawowy dla danego świadczenia, czy też pomocniczy, Odwołujący wskazuje, iż czynność podstawowa zaspokaja potrzeby nabywcy danego świadczenia, natomiast czynności pomocnicze mają pomóc w realizacji tej potrzeby. Powołuje się w tym zakresie na orzecznictwo zarówno Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak również Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz pisma urzędów skarbowych.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż nawet przyjmując prawidłowość stosowania różnych stawek VAT w stosunku do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, Wykonawca zastosował błędną stawkę podatku VAT w odniesieniu do wymienionej w pozycji 21 kosztorysu, usługi koszenia chwastów. Odwołujący podkreśla, iż 3 % stawka VAT była wprawdzie aktualna w momencie składania oferty, jednak ma ona zastosowanie jedynie do dnia 30.04.2008 r. Na mocy art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, od 01.05.2008 r. zastosowanie będzie mieć stawka 7 %. Ponieważ stan prawny był znany w dacie składania ofert, zatem, w ocenie Odwołującego, wykonawcy zobowiązani byli obliczyć cenę oferty wg 7 % stawki podatku VAT, tym bardziej, że ten rodzaj świadczenia ze swojej istoty możliwy jest do wykonania dopiero późną wiosną i tym samym będzie już obowiązywała 7 % stawka podatku VAT.

W dniu 27 stycznia 2008 r. do postępowania prowadzonego na skutek wniesionego protestu, swoje przystąpienie zgłosił wybrany wykonawca – POLSUPER Sp. z o.o. z Warszawy. W ocenie Przystępującego, jako właściwe w przedmiocie zamówienia należy uznać konieczność zastosowania różnych stawek VAT, właściwych dla poszczególnych usług stanowiących składowe całości zamówienia, odmawiając tym samym słuszności zakwalifikowania przedmiotu zamówienia do usługi kompleksowej. Zdaniem Przystępującego

przedmiot zamówienia obejmuje kilka niezależnych czynności i żadna z nich nie jest czynnością podstawową (zasadniczą).

W związku z brakiem rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, zgodnie z art. 183 ust. 2 pzp., protest został oddalony w terminie 10 dni od upływu ostatniego dnia do wniesienia protestu, tj. w dniu 02 lutego 2008 r.

W dniu 06 lutego 2008 r., Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując w nim zarzuty zawarte w proteście i żądając unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W dniu 19 lutego 2008 r. wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniesione przez POLSUPER Sp. z o.o. z Warszawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonej dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia środka odwoławczego przejawiający się w tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego stanie się najkorzystniejszą z punktu widzenia kryterium oceny ofert, tj. ceny.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności zarzutów względem wybranej oferty, skład orzekający Izby stwierdził, iż zasadniczą kwestią, jaką należy rozstrzygnąć, jest ustalenie charakteru przedmiotu zamówienia. Istota sporu sprowadza się bowiem do stwierdzenia słuszności, bądź też zaprzeczenia prawidłowości twierdzeniu Odwołującego, jakoby usługa określona przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako *prace związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy*, należała do usługi kompleksowej. W przypadku usługi kompleksowej stawka podatku VAT jest jednolita dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej (por. z wyrokiem NSA z dnia 5 lipca 2006 r. sygn. akt I FSK 945/2005).

Zgodnie z art. 8 ust.1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów.

Stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług, usługi wymienione w klasyfikacji wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej identyfikowane są za pomocą tych klasyfikacji, z wyjątkiem usług elektronicznych oraz usług turystyki, o których mowa w art. 119. Przenosząc powyższe zapisy na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż sposób kwalifikacji poszczególnych czynności opierać się musi w oparciu o klasyfikację statystyczną PKWiU. Organem właściwym do wydawania wiążących informacji w zakresie zaklasyfikowania na podstawie przepisów o statystyce publicznej usług do odpowiednich ugrupowań PKWiU jest Ośrodek Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi, ul. Suwalska 21, 93-176 Łódź.

Na podstawie zapisów SIWZ skład orzekający ustalił, że Zamawiający zakwalifikował przedmiot zamówienia do grupy statystycznej PKWiU 90.00.03. (cz. 2 pkt 1 SIWZ). Nie może być to jednak wystarczające dla uznania kompleksowego charakteru zamawianej usługi.

Ustawodawca nie definiuje pojęcia usługi kompleksowej pozostawiając to doktrynie i orzecznictwu. Zgodnie z twierdzeniami stron o kompleksowym charakterze usługi przesądza możliwość stwierdzenia wystąpienia powiązania pomiędzy poszczególnymi czynnościami w taki sposób, iż mamy do czynienia ze świadczeniem podstawowym (zasadniczym) oraz pomocniczym. Kierując się orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej (wyrok ETS z dnia 25 lutego 1999 r., w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) przeciwko Commissioners of Customs & Excise). Podobnie w nawiązaniu do pojęcia „kompleksowości usługi” wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wskazując, na ścisłe powiązanie świadczeń (czynności), które obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, wówczas wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych od wartości dodanej. Zatem usługi zmierzające do zaspokojenia różnych potrzeb Zamawiającego mogące być wykonane oddzielnie, nie mogą być uznane za usługi kompleksowe.

Przedmiot zamówienia określony został przez Zamawiającego, jako świadczenie usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku w sezonie letnim i zimowym, obejmujące w szczególności: ręczne oczyszczanie chodników z nieczystości, ręczne oczyszczanie chodników ścieków ulicznych i opasek, ręczne lub mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic, opróżnianie koszy ulicznych, porządkowanie terenów nie zagospodarowanych, likwidację dzikich wysypisk, odśnieżanie jezdni, chodników i przejść dla pieszych, posypywanie nawierzchni jezdni środkami chemicznymi, posypywanie chodników i przejść dla pieszych piaskiem. W załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający pogrupował czynności w ramach prac

letnich, zimowych oraz innych. Do prac letnich zaliczył koszenie chwastów i samosiewów wraz z wywozem i kosztami kompostowania, natomiast w innych pracach ujął zakup i ustawienie na chodnikach ulic we wskazanych miejscach koszy ulicznych. Ostatnia z wymienionych czynności została oddzielona od czynności związanych z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wywozem i kosztami na wysypisku (pkt I.A.8). Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego zakup koszy i ich ustawienie uzależnione będzie od rzeczywistych potrzeb, wynikających z uszkodzenia dotychczasowych koszy lub niedostateczną ich ilością. Jeżeli tak potrzeba nie wystąpi w trakcie wykonywania umowy, kosze w ogóle mogą nie być zakupywane w ramach realizacji kontraktu. Dotyczy to również pozostałych czynności, których realizacja uzależniona została od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami części 2 pkt 1 SIWZ, z których wynika iż roboty faktycznie wykonane będą rozliczane kosztorysem powykonawczym.

Na tej podstawie Izba stwierdziła, iż samo wskazanie przez Zamawiającego jednego numeru PKWiU dla całości przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczające dla uznania kompleksowego charakteru usługi. Skład orzekający nie przyznał słuszności twierdzeniom Odwołującego, iż przedmiot zamówienia charakteryzuje się występowaniem usługi podstawowej, jaką jest „utrzymanie czystości i porządku na ternie jednej z dzielnic Warszawy”, a całość wymienionych w załączniku nr 7 do SIWZ czynności, stanowią składowe usługi zasadniczej. W ocenie składu orzekającego, każda z czynności realizowanej w ramach zamówienia, będzie miała na celu zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, które nie są ze sobą nierozzerwalnie powiązane, np. odśnieżanie ulic nie jest powiązane z koszeniem chwastów, czy też opróżnianiem koszy ulicznych. Wszystkie z wymienionych przez Zamawiającego czynności mają na celu utrzymanie czystości i porządku, jednak nie można mówić w tym przypadku o występowaniu usługi kompleksowej. Każda z czynności może być realizowana niezależnie od innej, chociaż zmiernają one do wspólnego celu, tj. utrzymania porządku i czystości.

W odniesieniu do przedstawionej opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi, Izba stwierdziła, iż została ona wystawiona w kontekście zadanego pytania. Odwołujący formułując wniosek wskazał, iż usługi wymienione w załączniku do pisma stanowią składowe usługi zasadniczej, podstawowej, jaką jest „utrzymanie czystości i porządku na terenie jednej z dzielnic Warszawy”. W odpowiedzi Urząd Statystyczny wskazał dwie klasyfikacje właściwe dla usługi zakupu i ustawiania koszy betonowych (bez prac montażowych) – PKWiU 90.03.13-00.10 oraz dla usługi koszenia trawników, chwastów, trawy i jednorocznych samosiewów wraz z wywozem ich do kompostowania – PKWiU 01.41.12-00.00. Przedstawiona opinia stanowi jedynie informacje o sposobie klasyfikowania wymienionych usług wg Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, bez uwzględnienia specyfiki przedmiotu zamówienia. Sformułowanie zadanego pytania miało bezpośrednio odzwierciedlenie

w wydanej opinii. Odwołujący przez użycie pojęć „usługi zasadniczej, podstawowej” określił charakter usługi, jako kompleksowy. Z treści informacji nie wynika, iż urząd dokonał weryfikacji twierdzenia o występowaniu usługi zasadniczej (podstawowej), a jedynie dokonał kwalifikacji w oparciu o przedstawiony opis.

Ponadto obowiązek dokonania prawidłowej kwalifikacji dla celów podatkowych, obciąża podatnika, który posiada niezbędne informacje do właściwego zaliczenia świadczonych przez siebie usług. Zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego zakwalifikował on odpowiednio:

- zakup i ustawienie we wskazanych miejscach koszy betonowych – klasyfikacja według PKWiU 26.61.11 – 50.93 – wyroby z betonu lub sztucznego kamienia gdzie indziej nie sklasyfikowane, dla których stawka podatku VAT wynosi 22%,
- koszenie chwastów i jednorocznych samosiewów wraz z wywozem i kosztami kompostowania – klasyfikacja wg PKWiU 01.41.12 – usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, dla których stawka VAT wynosi 3 %.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż przedmiot zamówienia obejmuje odrębne czynności, których wykonanie nie jest ze sobą bezpośrednio powiązane i nie można zatem mówić o kompleksowym ich charakterze.

W zakresie zarzutu niezgodności z ustawą o podatku od towarów i usług przyjętej w pozycji 21 kosztorysu – koszenie chwastów, stawki podatku VAT określonej jako 3 %, skład orzekający Izby uznał za niezasadny. Powołana przez Odwołującego okoliczność zmiany stawki podatku VAT, jaka ma obowiązywać od 1 maja 2008 r., nie może stanowić podstawy do uznania niezgodności treści oferty z ustawą. W chwili składania ofert, wykonawca przyjął obowiązującą stawkę podatku VAT. Skoro Zamawiający sam nie sprecyzował jaką stawkę podatku VAT powinni przyjąć wykonawcy przy sporządzaniu oferty, mając świadomość, iż ulegnie ona zmianie w trakcie realizacji umowy, wykonawca słusznie zastosował aktualną na dzień składania ofert stawkę 3 %.

Mając powyższe na uwadze stwierdzono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*