

**WYROK**

**z dnia 28 stycznia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**GEOMAR S.A. ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Gminę Wrocław – Zarząd Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we**

**Wrocławiu al. Marcina Kromera 44, 51-163 Wrocław**

protestu z dnia 19 listopada 2009 r.

przy udziale: **Lokos Sp. z o.o. ul. Szybowcowa 10/17, 54-130 Wrocław**

zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania 1.,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław – Zarząd Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we Wrocławiu al. Marcina Kromera 44, 51-163 Wrocław i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GEOMAR S.A ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław – Zarząd Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we Wrocławiu al. Marcina Kromera 44, 51-163 Wrocław** na rzecz **GEOMAR S.A. ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **GEOMAR S.A. ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *archiwizację dokumentacji zasobu geodezyjnego i kartograficznego zgromadzonego w Zarządzie Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we Wrocławiu* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 16 września 2009 r. pod numerem 2009/S 178-256397. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych (4 zadania). Odwołujący złożył ofertę dla wszystkich zadań, Przystępujący dla zadania 1. i 2. Dla obu zadań w kolumnie „% podatku VAT” Przystępujący wpisał „zw.”,

natomiast pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty, zastosowali stawkę 22%.

Pismem z 30 października 2009 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, z jakiego tytułu prace w zadaniach 1. i 2. zostały objęte zwolnieniem z VAT. W piśmie z 3 listopada 2009 r. Przystępujący wyjaśnił, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia został oznaczony wg CPV 72910000-2 – usługi archiwizacji komputerowej, natomiast działalność Przystępującego dotyczy archiwizacji dokumentów i jest sklasyfikowana wg PKD jako 91.01.B – działalność archiwów. Przystępujący powołał się też na interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 6 maja 2008 r., którą przedstawił w załączeniu.

9 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, w tym o uznaniu oferty Przystępującego za najkorzystniejszą dla części 1. oraz o ilości punktów uzyskanych w poszczególnych częściach, z których wynika, iż Odwołujący dla zadania 1. zajął miejsce drugie w rankingu, natomiast dla zadania 2. Przystępujący zajął miejsce drugie, a Odwołujący czwarte. Tym samym dla zadania 2. ewentualne odrzucenie oferty Przystępującego, w chwili orzekania, nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

19 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo nieprawidłowo naliczonej stawki VAT. Zamawiający oddalił ten protest 23 listopada 2009 r. uznając, iż nie ma podstaw do weryfikacji prawidłowości stawki VAT, której ustalenie należy do wykonawcy – podatnika, a kontrola do organów podatkowych.

Od tego rozstrzygnięcia 9 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LOKOS Sp. z o.o. oraz „innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia przedmiotowego odwołania” i wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości,

nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez LOKOS Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego LOKOS Sp. z o.o. złożyła ofertę, w której nie zawarła obowiązującej stawki VAT stwierdzając, iż usługi świadczone przez nią są zwolnione z tego podatku. Podstawową stawką podatku od towarów i usług, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług jest stawka 22%, a wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być określone w ustawie. Katalog zwolnień od obowiązku w zakresie VAT zawiera art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, który zwalnia od podatku usługi wymienione w załączniku nr 4 do ustawy. Zwolnienie to ma charakter przedmiotowy, a nie podmiotowy, co oznacza, że określa jakie usługi, a nie jakiego rodzaju podmioty będące płatnikami podatku od towarów i usług są zwolnione z VAT. LOKOS Sp. z o.o. do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu dołączyła zaświadczenie Marszałka Województwa Dolnośląskiego, z którego nie wynika, jak twierdzi LOKOS Sp. z o.o., iż spółka posiada status archiwum, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, lecz że posiada status przechowawcy akt osobowych i płacowych, czyli przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 51a ust. 1 tej ustawy, a który stanowi wyjątek od zasady, iż dokumenty tego typu przechowują archiwa. Zgodnie z art. 22 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach działalność archiwalną prowadzą albo archiwa, albo inne jednostki, nie będące archiwami, a rozróżnienie to ma istotne znaczenie z punktu widzenia orzecznictwa Wojewódzkich Sądów Administracyjnych dotyczących stawki VAT na usługi archiwizacyjne. Według ustalonej linii orzeczniczej WSA usługi te są objęte zwolnieniem, pod warunkiem, że prowadzone są przez archiwa w rozumieniu ustawy o archiwach, gdyż ustawodawca wyłączając ze zwolnienia w poz. 11 pkt 5 zał. nr 4 do ustawy o podatku od towarów i usług niektóre rodzaje usług posługuje się wprost pojęciem „usług świadczonych przez biblioteki, archiwa, muzea i innych usług związanych z kulturą” nie używając pojęcia „usługi archiwizacyjne” czy „usługi archiwizowania”. LOKOS Sp. z o.o.

błędnie podała stawkę VAT, co pociąga za sobą konieczność odrzucenia tej oferty, jest to bowiem błąd w obliczeniu ceny, który nie może być poprawiony ani w żaden inny sposób uzupełniony w treści oferty. Zamawiający ograniczył procedurę wyjaśnień do przyjęcia interpretacji indywidualnej przedstawionej przez LOKOS Sp. z o.o., która została wydana w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego i nie odnosi się do działań wykonawcy będących przedmiotem tego postępowania. Poza tym nawet gdyby Przystępujący posiadał status archiwum, to z samego faktu posiadania takiego statusu nie wynika, że wszystkie usługi świadczone przez spółkę są objęte zwolnieniem z VAT. Należy bowiem zauważyć, iż spółka obok usług archiwizacyjnych może świadczyć inne usługi, które należy objąć właściwą dla danej usługi stawką VAT. W ramach niniejszego postępowania należy zbudować informatyczną bazę danych zawierającą dokumenty zeskanowane przez wykonawcę oraz dokumenty zeskanowane otrzymane od Zamawiającego. Wykonawca nie będzie tych informacji ani przechowywać, ani udostępniać osobom trzecim (publicznie), czyli nie będzie świadczyć usług jako archiwum, zatem usługi oferowane w ramach niniejszego postępowania spółka powinna objąć 22% stawką VAT.

Przystępujący swoje stanowisko zawarł w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz w przystąpieniu do odwołania.

Zamawiający i Odwołujący przedstawili swoje stanowiska także podczas rozprawy.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania i oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zaznaczyć, co Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich wyrokach, iż nie jest organem uprawnionym do samodzielnego dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego. Zgodnie z art. 14 b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa

interpretacje takie może wydawać Minister Finansów, który swoje uprawnienia scedował na wybrane Izby Skarbowe. Izba kieruje się więc dowodami przedstawionymi przez Strony, z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 6 kodeksu cywilnego.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) opodatkowaniu tym podatkiem podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Z kolei, zgodnie z art. 8 ust. 3 tej ustawy, usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, z wyjątkiem usług elektronicznych i usług turystyki.

Zgodnie z § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 207, poz. 1293) do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług do 31 grudnia 2009 r. – czyli w chwili składania ofert w niniejszym postępowaniu – stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 42, poz. 264, z późn. zm.).

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, poza wskazanymi wyjątkami, zwolnione od podatku są usługi wymienione w załączniku nr 4 do ustawy, w którym pod poz. 11 zostały wymienione usługi o symbolu PKWiU ex 92, tj. „usługi związane z kulturą, rekreacją i sportem”. Natomiast zwolnieniu takiemu nie podlegają usługi zaklasyfikowane do PKWiU o symbolu 72 – „usługi informatyczne”.

W uzasadnieniu swojego stanowiska dotyczącego możliwości skorzystania ze zwolnienia, jakie daje ten przepis, Przystępujący powołał się na wskazaną powyżej interpretację indywidualną z 6 maja 2008 r. Jednak z treści tej interpretacji wynika, iż podstawą jej wydania był stan faktyczny wskazujący na prowadzenie działalności gospodarczej określonej jako „działalność archiwów” (PKD 92.51), która jest wpisana w działalność związaną z kulturą, rekreacją i sportem i polega w szczególności na przechowywaniu dokumentacji podmiotów m.in. zlikwidowanych, porządkowaniu

dokumentów, konsultacji w zakresie tworzenia normatywów kancelaryjno –  
– archiwalnych, a z zasobów archiwum korzystają m.in. sądy, ZUS i ludność.  
W treści interpretacji zawarto także zastrzeżenie, że usługi archiwistyczne  
świadczane przez Przystępującego korzystają ze zwolnienia z VAT, jeśli  
mieszczą się w grupowaniu PKWiU ex 92.5.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu, które Zamawiający co prawda  
nazwał archiwizacją dokumentacji, zadaniem wykonawców nie są powyższe  
czynności, lecz zbudowanie informatycznej bazy danych z – w zadaniu 1.  
udostępnionych do skanowania dokumentów Biura Katastru Miejskiego  
i Biura Mapy Zasadniczej – w zadaniu 2. przekazanych przez Zamawiającego  
w postaci plików (komputerowych) aktów notarialnych i dokumentacji  
geodezyjnej.

Tak przedstawiony przedmiot zamówienia powoduje, iż podstawową kwestią  
związaną z rozstrzygnięciem sporu dotyczącego wysokości VAT jest  
zakwalifikowanie usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania do  
odpowiedniego grupowania PKWiU – 92.5. „usługi świadczone przez  
biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi związane z kulturą”, jak twierdzi  
Przystępujący, czy też 72.3. „usługi w zakresie przetwarzania danych”, gdyż  
stawka VAT jest już tylko następstwem tej kwalifikacji.

Wskazana przez Przystępującego w przystąpieniu kwalifikacja do podklasy  
PKD 91.01.B „działalność archiwów” rzeczywiście figuruje w dziale 3. jego  
KRS. Jednak zgodnie z informacją zawartą w rozporządzeniu Rady Ministrów  
z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)  
(Dz. U Nr 251, poz.1885 z późn. zm.) podklasa ta obejmuje dokumentacyjną  
i informacyjną działalność archiwów publicznych świadczoną dla ogółu  
społeczeństwa lub specjalnych grup odbiorców, takich jak: studenci,  
naukowcy, nauczyciele, członkowie oraz działalność archiwów rządowych:  
gromadzenie zbiorów, katalogowanie zbiorów, wypożyczanie  
i przechowywanie książek, map, periodyków, filmów, płyt, taśm, prac  
artystycznych itp., wyszukiwanie informacji z posiadanych zbiorów itp., a nie  
obejmuje archiwizacji i niszczenia dokumentów wykonywanych na zlecenie,  
sklasyfikowanej w 82.19.Z.

Jednak Przystępujący nie wykazał, iż posiada status archiwum publicznego lub rządowego, a wpis do KRS nie jest równoznaczny z orzeczeniem sądu kwalifikującym przedsiębiorcę do danego działu klasyfikacji. Stosownie do punktu 1. i 2. komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych (Dz. Urz. GUS z 2005 r. Nr 1, poz. 11), zgodnie z zasadami metodycznymi klasyfikacji zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby, usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniem Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej. Obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, spoczywa więc na wykonawcy. W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania, w tym rodzaju prowadzonej działalności zainteresowany podmiot może zwrócić się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego w Łodzi, który udziela informacji w zakresie stosowania niektórych standardów klasyfikacyjnych, m.in. PKWiU.

Ponieważ żaden z uczestników nie przedstawił w tym zakresie opinii Głównego Urzędu Statystycznego w Łodzi, a jest to istota sporu pomiędzy Stronami, Izba rozstrzygnęła tę kwestię według własnych ustaleń, na podstawie wstępnych informacji z działu 72 i 92 i stwierdziła, iż jej zdaniem przedmiot zamówienia najbliższy jest opisowi punktu 1 (d), zgodnie z którym dział 72 „usługi informatyczne” obejmuje usługi związane z obsługiwaniem baz danych (tworzenie i rozwój baz danych, gromadzenie danych dla bazy z jednej lub większej liczby źródeł, przechowywanie i udostępnianie danych). Jest to zwłaszcza widoczne w zadaniu 2., w którym wykonawcy otrzymują gotowe już pliki z zeskanowanymi dokumentami. Przy tym w niniejszym postępowaniu wykonawca nie ma pełnić dla tych dokumentów i plików komputerowych roli archiwum, lecz jedynie przetworzyć uzyskane dokumenty i pliki i zwrócić je Zamawiającemu. Natomiast dział 92 obejmuje usługi związane z kulturą, rekreacją i sportem i, chociaż do tego działu zaliczono również usługi archiwów, żadna z informacji ani konkretnych



usług wymienionych w tym dziale nie jest podobna do usług będących przedmiotem niniejszego postępowania, które trudno uznać za usługi z zakresu kultury.

Tym samym powyższa kwalifikacja determinuje stawkę VAT 22%.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Ponieważ Odwołujący nie zanegował wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 2. Izba, kierując się dyspozycją art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, nie nakazała Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla tego zadania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....