

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2018 r. przez wykonawcę

**Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna**

**ul. Szaflarska 102, 34-400 Nowy Targ**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**

**ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

**orzeka:**

**uwzględnić odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**

**unieważnienie czynności unieważnienia postępowania**

**o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółki Akcyjnej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółki Akcyjnej,**

**2. kosztami postępowania obciążyć Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie i:**

**2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółkę Akcyjną tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądzić od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział**

**w Krakowie na rzecz Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Spółki Akcyjnej kwotę 11 239 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2242/18

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg (PZUD) na drogach krajowych województwa małopolskiego, administrowanych przez Rejon Wadowice, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 września 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 615886. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. wniósł odwołanie

w zakresie części 5. zamówienia, dotyczącej prowadzenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg na drogach krajowych województwa małopolskiego administrowanych przez Rejon Wadowice, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji braku podstaw do jego odrzucenia, w szczególności z uwagi na niewystąpienie błędu w obliczeniu ceny zaoferowanej przez Odwołującego, oraz z uwagi na zastosowanie przez Odwołującego prawidłowej stawki podatku od towarów i usług,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, wobec braku podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty i braku innych złożonych w postępowaniu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

3. zwrotu Odwołującemu poniesionych przez niego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że – w części 5. – Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę Odwołującego oraz unieważnił postępowanie. Odwołujący złożył jedyną ofertę dla części 5.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty dokonane zostało z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako przyczynę odrzucenia oferty Zamawiający podał błąd w obliczeniu ceny polegając na podaniu niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług. Zdaniem Zamawiającego oferta powinna zostać skalkulowana przy zastosowaniu stawki podatku wynoszącej 8%, podczas gdy Odwołujący złożył ofertę z zastosowaniem stawki podstawowej wynoszącej 23%. Zamawiający wskazał, że

w przedmiotowym postępowaniu nie określił on stawki VAT, a zatem Odwołujący, jako podatnik, zobowiązany był do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem i zaklasyfikowaniem wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji oraz do ustalenia prawidłowej stawki VAT. Na Zamawiającym, który odpowiedzialny jest za właściwe wydatkowanie środków publicznych, spoczywa natomiast obowiązek weryfikacji zastosowanej przez Odwołującego stawki podatku w złożonej ofercie. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg. Zakres

zamówienia obejmuje świadczenie usług zbierania, gromadzenia i przekazywania informacji o warunkach ruchu, stanie nawierzchni i warunkach pogodowych na drogach krajowych województwa małopolskiego administrowanych przez dany rejon. Główny kod Wspólnego Słownika Zamówień dla tego zamówienia to CPV 63.71.27.10-03 Usługi monitorowania ruchu. Dla tego typu usług należało przyjąć, zdaniem Zamawiającego, stawkę VAT w wysokości 8%. Stanowisko Zamawiającego w jego przekonaniu potwierdza interpretacja Urzędu Statystycznego w Łodzi z 11 lipca 2017 r., zgodnie z którą zastosowanie 8% stawki VAT jest właściwe dla usług objętych przedmiotowym zamówieniem, polegających na prowadzeniu i koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu dróg, tj. w zakresie czynności zbierania, gromadzenia i przekazywania informacji o warunkach ruchu, stanie nawierzchni i warunkach pogodowych. W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień Odwołujący podtrzymał zasadność zastosowania do obliczenia ceny oferty podatku w wysokości 23%, opierając swoje stanowisko na założeniu, że usługa ta jest częścią kompleksowej usługi utrzymania dróg opodatkowanej według stawki podstawowej i wskazując na inne zbliżone rodzajowo usługi realizowane na rzecz Zamawiającego, opodatkowane przy zastosowaniu stawki podstawowej. Przedmiotowe zamówienie, zdaniem Zamawiającego, stanowi jednak odrębną usługę, związaną jedynie z zimowym utrzymaniem dróg i dla tej usługi właściwą jest stawka w wysokości 8%. Odwołujący, zdaniem Zamawiającego w wyniku błędnej interpretacji przepisów określających stawki podatku, złożył ofertę zawierającą niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę VAT, którą, mając na uwadze orzecznictwo Sądu Najwyższego, w przekonaniu Zamawiającego, należało odrzucić jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Z kolei zdaniem Odwołującego to stanowisko Zamawiającego jest obarczone błędem, a odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest poza sporem, że Odwołujący złożył ofertę z zastosowaniem stawki podstawowej podatku od towarów i usług, podczas gdy Zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki do stosowania stawki preferencyjnej wynoszącej 8%. Odwołujący podniósł w tym miejscu, że stosowanie stawki obniżonej jest prawem nie zaś obowiązkiem Odwołującego, a zastosowanie stawki podstawowej podatku od towarów i usług, nawet w przypadku, gdy właściwym mogłoby być zastosowanie stawki preferencyjnej, nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Skorzystanie z prawa Odwołującego do stosowania stawki podstawowej, jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie może rodzić dla niego niekorzystnych następstw. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż zastosowanie stawki podstawowej VAT w sytuacji, gdy zachodziły podstawy do stosowania stawki preferencyjnej, nie stanowi błędu w obliczeniu ceny i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również, że w żaden sposób nie prowadzi to do zakłócenia konkurencji, należy uznać za ugruntowany. Z racji oparcia argumentacji Zamawiającego na treści uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt III CZP 52/11 i opierającego się nim orzecznictwa Izby, przywołać należy pogląd zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 23 listopada 2015 r. w sprawie sygn. akt KIO 2390/15: „odwołujący miał prawo przyjąć stawkę podstawową podatku VAT do obliczenia ceny wyposażenia. Skoro ustawa o podatku od towarów i usług a także inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odmienne poglądy prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego nie wspierają uchwały SN z 20 października 2011 r. wydane w sprawach III CZP 52/11 i III CZP 53/11. Dostrzec trzeba bowiem, że przywołane uchwały SN zostały wydane na kanwie sporu o zastosowanie stawki preferencyjnej (...). Niewątpliwie uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Rezultatem takiego działania jest przecież uzyskanie przez takiego wykonawcę wyższej (mniej korzystnej) oceny własnej oferty w obligatoryjnym kryterium ceny, co nie ma znaczenia dla oceny pozostałych ofert, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców konkurujących o dane zamówienie publiczne...”

Odwołujący podzielił zaprezentowany wyżej pogląd, zaś jego zdaniem brak było jakichkolwiek podstaw do uznania, że złożenie w postępowaniu oferty zawierającej w cenie VAT obliczony według stawki podstawowej wynoszącej 23% stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakiej dokonał Zamawiający, obarczona jest błędem.

Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na błąd w obliczeniu ceny pozbawione było podstaw, nie wystąpiła bowiem wymieniona w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka odrzucenia oferty. Z racji tego, że w postępowaniu Odwołujący złożył jedyną ofertę, brak jest jakichkolwiek podstaw do wysuwania twierdzeń, jakoby skutkowałyby to złożeniem ofert nieporównywalnych oraz zakłóceniem konkurencji.

Także twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nieprawidłowo ustalił stawkę podatku od towarów i usług, jest obarczone błędem. Zdaniem Odwołującego usługa ta podlega opodatkowaniu stawką podstawową i brak jest podstaw do stosowania stawki preferencyjnej.

Przedmiotem usługi w niniejszym postępowaniu, stosownie do postanowień opisu przedmiotu zamówienia, jest:

- a) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji pogodowej na podstawie: stacji meteo, kamer usytuowanych przy drogach krajowych oraz obserwacji własnej, informacji w mediach (radio, TV, Internet itp.),
- b) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji na drogach oraz kontrola stanu nawierzchni na podstawie obserwacji własnych, informacji od operatorów sprzętu ZUD, kamer usytuowanych przy drogach krajowych, informacji w mediach, informacji od innych służb i użytkowników dróg,
- c) kontrola pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg poprzez system GPS, obowiązujący w GDDKiA,
- d) monitorowanie zgodności prowadzenia prac zimowego utrzymania dróg przez wykonawcę całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg z obowiązującymi standardami ZUD oraz z zawartą umową na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg w celu rozliczenia usługi ZUD,
- e) potwierdzanie spełnienia wymaganego standardu zimowego utrzymania dróg,
- f) współpraca z innymi PZUD działającymi w strukturze oddziału GDDKiA i dyżurnymi wykonawcy ZUD w celu wymiany informacji, szczególnie na temat zagrożeń pogodowych i utrudnień w ruchu,

g) obsługa komputera, zbieranie danych, redagowanie informacji od koordynatora akcji ZUD z ramienia wykonawcy ZUD i przekazywanie danych w formie meldunków elektronicznych do dyżurnego PID w oddziale GDDKiA w Krakowie,  
h) prowadzenie niezbędnej dokumentacji dotyczącej akcji zimowego utrzymania dróg, na podstawie której można będzie określić jej przebieg, podjęte czynności, pracę sprzętu, utrudnienia na drogach powstałe w trakcie zmiany oraz inne zdarzenia mające wpływ na sytuacje występujące na drogach,

i) przekazywanie informacji dotyczących zaistniałych zdarzeń i utrudnień na sieci drogowej, a przede wszystkim o wypadkach, karambolach, zatorach, uszkodzeniach nawierzchni, uszkodzeniach urządzeń BRD itp. do PID w oddziale i kierownika rejonu i obwodu,

j) udzielanie wszystkim zainteresowanym informacji o warunkach przejazdu na drogach krajowych w rejonie i występujących utrudnieniach w ruchu w zakresie pełnionej funkcji oraz o ilości pracującego sprzętu.

Stosownie do treści art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 1 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Stosowanie tej stawki, określonej jako „stawki podstawowej” jest zasadą. Ustawodawca w treści ustawy i przepisów wykonawczych przewidział pewne wyjątki od tej zasady, przewidując dla niektórych czynności obniżone stawki podatku albo zwolnienie od podatku. Zgodnie treścią art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1.

Na mocy z art. 146a pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%, a stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 wynosi 8%.

W załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, stanowiącym „Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%”, w poz. 174 wymieniono usługi mieszczące się pod symbolem PKWiU 81.29.12.0 – „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. W załączniku tym na próżno szukać usługi odpowiadającej swoim zakresem przedmiotowi niniejszego postępowania.

Bez wątpienia usługą będącą przedmiotem zamówienia nie jest usługa usuwania śniegu

w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zobowiązanie wykonawcy nie polega na „fizycznym” wykonywaniu czynności usuwania śniegu, tj. na prowadzeniu „akcji bezpośredniej”. Przedmiotem zamówienia jest szereg czynności o charakterze kontrolnym, zbierania

i analizowania danych, informacyjnym oraz dokumentacyjnym. Usługa ta pozostaje

w nierozdzielalnym związku z wykonywanymi przez innych wykonawców usługami zimowego utrzymania dróg, będących jednym z elementów zamówienia na „całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części” (tzw. kontrakt utrzymaniowy), które to usługi zimowego utrzymania dróg podlegają opodatkowaniu VAT z zastosowaniem stawki podstawowej wynoszącej 23%. Przedmiotowa usługa ma w stosunku do kontraktu utrzymaniowego charakter uzupełniający, pomocniczy.

Według Odwołującego kluczowe jest, iż usługa będąca przedmiotem niniejszego zamówienia nie obejmuje swoim zakresem czynności związanych z wysyłaniem odpowiedniego sprzętu, tj. solarek i pługów do likwidacji śliskości i odśnieżania oraz dokonywania objazdów celem ustalenia skuteczności działań podjętych przez wykonawców zadania zimowego utrzymania dróg. Wymienione w ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia dla przedmiotowego zadania usługi odnoszą się bezpośrednio do czynności sprawdzających, kontrolnych wobec wykonawcy zadania ZUD oraz do czynności wymagających współpracy z tym wykonawcą oraz Zamawiającym i innymi podmiotami wymienionymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Usługa zimowego utrzymania dróg, pomimo iż obejmuje swoim zakresem „usuwanie śniegu”, a więc czynność wymienioną w poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów

i usług, jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług według stawki „podstawowej” wynoszącej 23%, o czym Zamawiający informował w postępowaniu na „całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części” w treści dokumentów przetargowych oraz poprzez załączenie interpretacji indywidualnej z 17 listopada 2017 r.

Skoro czynności polegające na fizycznym usuwaniu śniegu (objęte kontraktem utrzymaniowym) opodatkowane są stawką „podstawową”, to również czynności polegające na kontrolowaniu sposobu wykonania, analizowaniu, zbieraniu danych o usłudze, informowaniu o warunkach związanych z realizacją kontraktu utrzymaniowego winny podlegać opodatkowaniu tą samą stawką.

Stawka podatku od czynności stanowiącej usługę pomocniczą/uzupełniającą w stosunku do świadczenia podstawowego, jakim jest „kontrakt utrzymaniowy”, winna być identyczna jak dla świadczenia podstawowego. Świadczenie pomocnicze winno dzielić los świadczenia głównego. Oba te świadczenia, pomimo że złożone z różnych świadczeń, prowadzą jednak do osiągnięcia jednego celu, jakim jest zapewnienie bezpiecznych warunków użytkowania dróg krajowych.

Przypomnieć należy, że w postępowaniu przetargowym na „obsługę Punktu Informacji Drogowej (PID) w Oddziale w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad”, którego przedmiotem, analogicznie jak w niniejszym postępowaniu, jest również zbieranie, gromadzenie i przekazywanie informacji o warunkach ruchu na drogach krajowych województwa małopolskiego, a zakres obowiązków wykonawcy jest w znacznej mierze zbieżny z zakresem obowiązków osób wykonujących czynności w ramach przedmiotowego zadania, Zamawiający uznał za prawidłowe stosowanie w odniesieniu to tej usługi stawki podatku od towarów i usług wynoszącej 23%. Zakresy obowiązków wykonawców zarówno w przetargu na obsługę PID, jak i PZUD, w znacznej części się powielają i są ze sobą nierozdzielalnie związane, z tym, że PID pełni funkcję jednostki o charakterze „centralnym”

w obrębie województwa, a poszczególne PZUD pełnią funkcje jednostek o charakterze lokalnym. Z uwagi na charakter i zakres obu świadczonych usług uznać należy, że brak jest podstaw do takiego ich różnicowania, ażeby skutkowało to stosowaniem w odniesieniu do usługi obsługi PZUD innej stawki podatku od towarów i usług niż w odniesieniu do usługi obsługi PID.

Pojawiające się interpretacje podatkowe wskazujące na stosowanie stawki podatku obniżonej w stosunku do podstawowej wydane zostały w odpowiedzi na zapytanie, w którym wnioskodawca w opisie przedmiotu usługi jednoznacznie wskazywał, że mieści się ona

w grupie PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu” i przy założeniu, że wnioskodawca prawidłowo zakwalifikował usługi do odpowiedniego grupowania PKWiU. Zostały one wydane z zastrzeżeniem, że nie rozstrzygają one prawidłowości klasyfikacji dokonanej przez wnioskodawcę, w świetle PKWiU, gdyż organ wydający interpretację nie jest uprawniony w ramach określonych treścią art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa do zajmowania stanowiska w zakresie prawidłowości formalnego przyporządkowania towaru

i usługi do grupowania statystycznego. W wydanych interpretacjach następowało niejako związanie organu wydającego interpretację wskazaną przez wnioskodawcę grupą PKWiU.

Usługi będącej przedmiotem zamówienia nie wymienia też rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług oraz warunków stosowania stawek obniżonych, pośród usług, do których stosuje się obniżoną stawkę podatku od towarów i usług. Przedmiotowa usługa swoim zakresem najbardziej odpowiada usłudze sklasyfikowanej jako „usługi użytkowania dróg publicznych – symbol PKWiU 52.21.22.0”, a usługi te nie zostały wymienione w treści ustawy o podatku od towarów i usług, jak i przepisów wykonawczych do niej, jako czynności podlegające opodatkowaniu stawkami obniżonymi lub zwolnione od podatku, stąd zasadne jest opodatkowanie ich według stawki wynoszącej 23%. Sam Zamawiający na potrzeby postępowania sklasyfikował przedmiotową usługę jako usługę objętą CPV 63.71.27.10-03,

a więc mieszczącą się w zakresie „usług dodatkowych i pomocniczych w zakresie transportu, usługi biur podróży – kod CPV 63000000-9”, tj. pośród usług o tożsamym charakterze jak objęte PKWiU 52.2 „usługi wspomagające transport”.

Będąca w posiadaniu Zamawiającego opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi z 11 lipca 2017 r., którą dla ustalenia właściwej stawki podatku kierował się Zamawiający, stwierdza, że usługi polegające na prowadzeniu i koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych w sezonie zimowym mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu”. Z treści opinii wynika jednak, że pośród elementów przedmiotu świadczenia składającego się na tę usługę wymienia się „wysyłanie solarek i pługów do likwidacji śliskości i odśnieżania dróg”, który to niezwykle istotny element nie jest przedmiotem świadczenia w przedmiotowym postępowaniu, a który to element przesądza

o tym, że usługa wymieniona w opinii GUS obejmuje swoim zakresem wykonywanie faktycznych czynności polegających na usuwaniu śniegu (tzw. „prowadzenie akcji bezpośredniej”). Opinia ta nie przystaje więc do specyfiki usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie zawiera żadnych wskazówek pozwalających wywieść, aby wykonawca zadania był zobowiązany i uprawniony do „prowadzenie akcji bezpośredniej”.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego pozostaje w ścisłym związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest konsekwencją wspomnianego naruszenia ustawy. Oferta złożona przez Odwołującego była jedyną złożoną w postępowaniu i wobec braku podstaw do jej odrzucenia, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, stosowanie do obowiązku wynikającego z treści art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, 17 października 2018 r., dokonał już wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jednakże w związku z powzięciem przekonania o zaistnieniu podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnił tę czynność, mimo iż brak było ku temu podstaw. Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający, pomimo wynikającego z treści art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ostatecznie nie dokonał w postępowaniu tej czynności, co skutkuje naruszeniem przepisu art. 91. ust. 1.

#### II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że w sposób prawidłowy przyjął, że usługa prowadzenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg jest usługą, dla której należy zastosować 8% stawkę podatku od towarów

i usług. Główny kod Wspólnego Słownika Zamówień to CPV 63712710-03 (usługa monitorowania ruchu).

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg obejmuje następujące czynności: gromadzenie i przekazywanie informacji o warunkach ruchu oraz gromadzenie i przekazywanie informacji o nawierzchni i warunkach pogodowych. Według opisu przedmiotu zamówienia do czynności wykonawcy należeć ma:

- a) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji pogodowej na podstawie: stacji meteo, kamer usytuowanych przy drogach krajowych oraz obserwacji własnej, informacji w mediach (radio, TV, Internet itp.),
- b) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji na drogach oraz kontrola stanu nawierzchni na podstawie obserwacji własnych, informacji od operatorów sprzętu ZUD, kamer usytuowanych przy drogach krajowych, informacji w mediach, informacji od innych służb i użytkowników dróg,
- c) kontrola pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg poprzez system GPS, obowiązujący w GDDKiA,
- d) monitorowanie zgodności prowadzenia prac zimowego utrzymania dróg przez wykonawcę całorocznego (bieżącego/zimowego) utrzymania dróg z obowiązującymi standardami ZUD oraz z zawartą umową na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg w celu rozliczenia usługi ZUD,
- e) potwierdzanie spełnienia wymaganego standardu zimowego utrzymania dróg,
- f) współpracę z innymi PZUD działającymi w strukturze oddziału GDDKiA i dyżurnymi wykonawcy ZUD w celu wymiany informacji, szczególnie na temat zagrożeń pogodowych i utrudnień w ruchu,
- g) obsługę komputera, zbieranie danych, redagowanie informacji od koordynatora akcji ZUD z ramienia wykonawcy ZUD i przekazywanie danych w formie meldunków elektronicznych do dyżurnego PID w oddziale GDDKiA w Krakowie,
- h) prowadzenie niezbędnej dokumentacji dotyczącej akcji zimowego utrzymania dróg, na podstawie której można będzie określić jej przebieg, podjęte czynności, pracę sprzętu, utrudnienia na drogach powstałe w trakcie zmiany oraz inne zdarzenia mające wpływ na sytuację występujące na drogach,
- i) przekazywanie informacji dotyczących zaistniałych zdarzeń i utrudnień na sieci drogowej, a przede wszystkim o wypadkach, karambolach, zatorach, uszkodzeniach nawierzchni, uszkodzeniach urządzeń BRD itp. do PID w Oddziale i kierownika Rejonu i Obwodu,
- j) udzielanie wszystkim zainteresowanym informacji o warunkach przejazdu na drogach krajowych w rejonie i występujących utrudnieniach w ruchu w zakresie pełnionej funkcji oraz o ilości pracującego sprzętu.

Usługi wyżej wskazane są czynnościami mieszczącymi się pod symbolem PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu”, poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Jest to powszechne przyjmowane stanowisko. Stanowisko to potwierdza uzyskana przez GDDKiA interpretacja Urzędu Statystycznego z 11 lipca 2017 r., zgodnie z którą zastosowanie 8% stawki VAT jest właściwe dla usług objętych przedmiotem zamówienia, polegających na prowadzeniu i koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu, tj.

w zakresie czynności zbierania, gromadzenia i przekazywania informacji o warunkach ruchu, stanie nawierzchni i warunkach pogodowych. Powyższe potwierdza również wyrok KIO,

sygn. KIO 2468/13, w którym KIO powołuje się na posiadaną przez Odwołującego interpretację Urzędu Statystycznego,

gdzie wskazano, że kompleksowa usługa polegająca na pełnieniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych, mieści się w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”, stąd powinna być opodatkowana podatkiem od towarów i usług, przy zastosowaniu stawki preferencyjnej 8%. Usługi mające być wykonywane przez wykonawcę w zamówieniu na prowadzenie Punktu W Stąd też przyjęcie przez Zamawiającego, iż usługi objęte zamówieniem na prowadzenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg na drogach krajowych województwa małopolskiego, administrowanych przez GDDKiA oddział w Krakowie, opodatkowane są preferencyjną stawką podatku od towarów i usług w wysokości 8 %, jest stanowiskiem prawidłowym. Oczywiście jest podnoszona przez Odwołującego kwestia, że usługi objęte zamówieniem na prowadzenie PZUD nie obejmują swoim zakresem bezpośredniej czynności faktycznego utrzymywania stanu dróg, jednak nie oznacza to, że usługi te nie mieszczą się pod symbolem PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby niezgodnie z treścią interpretacji Urzędu Statystycznego z 11 lipca 2017 r.

Prawidłowość postępowania Zamawiającego potwierdzają też inne (nie wydawane na rzecz Zamawiającego, lecz na rzecz innych podmiotów, w tym wykonawców) indywidualne interpretacje podatkowe. W interpretacjach tych wskazane jest wyraźnie, że usługa prowadzenia PZUD mieści się pod symbolem PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu” (interpretacja indywidualna z 24 października 2017r. oraz z 19 lipca 2013 r.), stąd powinno stosować się preferencyjną stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8%. W konsekwencji Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na wystąpienie błędu w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Usługa prowadzenia PZUD w zakresie wskazanym w ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia stanowi samodzielne zamówienie, poddawane samodzielnej ocenie przy ustalaniu stawki VAT. Nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że usługa ta pozostaje w nierozdzielalnym związku z wykonywaniem przez innych wykonawców usług zimowego utrzymania dróg realizowanych w ramach zadania „całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego”, stąd powinno zastosować się do niej stawkę podatku od towarów i usług w wysokości tożsamej tak dla przedmiotowego zadania, (tj. całorocznego utrzymania dróg krajowych), czyli 23%. Usługi wchodzące w skład prowadzenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg oraz usługi wchodzące w skład całorocznego utrzymania dróg krajowych nie mają charakteru jednolitego. Usługi wchodzące w skład całorocznego utrzymania dróg krajowych polegają i mają na celu faktyczne utrzymanie dróg w wymaganym stanie. W zamówieniu publicznym na „całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022”, obejmującym także zimowe utrzymanie dróg, wskazane zostało, że wykonawcy zobowiązani są do podjęcia czynności zimowego utrzymania dróg, usuwania i zapobiegania śliskości, odśnieżania itd. Natomiast w skład usługi prowadzenia PZUD wchodzi szeroko pojęta kontrola stanu pogody i warunków atmosferycznych oraz kontrola wykonawcy wykonującego zamówienia w zakresie zimowego utrzymania dróg (ZUD). Ta działalność kontrolna wykonawcy wykonującego czynności ZUD jest szczególnie istotna, bowiem daje możliwość Zamawiającemu dokonywania oceny i kontroli jakości wykonywanych prac przez wykonawcę. Zakres zamówienia jednoznacznie wskazuje, że celem usługi na prowadzenie PZUD jest szeroko pojęta kontrola dla potrzeb Zamawiającego, który w ten sposób kontroluje/nadzoruje realizację zamówienia przez wykonawcę ZUD. Zanim usługa prowadzenia Punktu Zimowego Utrzymania Dróg została zlecona na zewnątrz, usługi te wykonywali pracownicy Zamawiającego w ramach działu GDDKiA. Odkąd zamówienie na prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg przeprowadzane jest w trybie zamówień publicznych, jest ono samodzielnym zamówieniem, nie łączonym z zamówieniem publicznym na zimowe utrzymanie dróg. Połączenie tego zamówienia z zamówieniem na zimowe utrzymanie dróg byłoby sprzeczne z zasadniczym celem zamówienia na prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg, jakim jest kontrola wykonawcy wykonującego zimowe utrzymanie dróg na zlecenie Zamawiającego. Stąd nie można przyjąć, jak twierdzi Odwołujący, że zamówienie na prowadzenie PZUD jest jednolite z zamówieniem na całoroczne utrzymanie dróg krajowych, w ramach którego wykonywane jest zimowe utrzymanie dróg i pozostają one w nierozdzielalnym związku, stąd powinno stosować się jednolitą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Oba zamówienia nie pozostają w nierozdzielalnym związku, bowiem mają inny cel. Celem jednej z nich jest szeroko pojęta kontrola czynności wykonywanych w ramach ZUD, drugiej zaś faktyczne całoroczne utrzymanie dróg w wymaganym stanie. W usługi składające się na zamówienie na całoroczne utrzymanie dróg krajowych wchodzi również usługi oznaczone kodem PKWiU 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”, a tym samym opodatkowane stawką 8% podatku od towarów i usług. Mimo tego Zamawiający w postępowaniu na „całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022” wskazał, że te usługi, jak i inne czynności wskazane w tym zamówieniu, opodatkowane są jedną stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%, ponieważ przyjął, zgodnie z posiadaną interpretacją indywidualną podatkową z 22 listopada 2017 r., że całe świadczenie kompleksowego utrzymania drogi będzie opodatkowane stawką wskazaną dla usługi utrzymania odcinków dróg. Jednak mimo powyższego nie można przyjąć, jak to robi Odwołujący, że usługa na prowadzenie PZUD jest usługą wchodzącą w skład kompleksowego utrzymania drogi, rozumianego jako wykonywanie czynności faktycznych na drodze.

Ponieważ Odwołujący wskazał w swojej ofercie stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, prawidłowa jest decyzja Zamawiającego przyjmująca, że oferta Odwołującego obciążona jest błędem w obliczeniu ceny i powinna ulec odrzuceniu.

Odwołujący wskazał również, że miał prawo zastosować zarówno preferencyjną stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8%, jak i stawkę podstawową tego podatku

w wysokości 23%, bowiem zastosowanie stawki podstawowej i nieskorzystanie ze stawki preferencyjnej jest dopuszczalne, jest to uprawnienie i wybór podatnika, a w konsekwencji nie powinien on ponosić negatywnych skutków z tego wynikających. Odwołujący pomija jednak okoliczność, iż przywołane przez niego tezy wyroków zostały wydane na kanwie stanów faktycznych, w których istnieje wątpliwość co do możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT lub też zwolnienia z tego podatku. Wtedy za prawidłowe działanie przyjmowane jest zastosowanie stawki podstawowej podatku od towarów i usług

w wysokości 23%. W przypadku, gdy możliwość zastosowania stawki preferencyjnej

w wysokości 8% jest niewątpliwa, wykonawca ma obowiązek ją zastosować, z przepisów bowiem nie wynika, aby ustawodawca dawał wykonawcy możliwość wyboru, jaką stawkę może zastosować.

Podanie przez Odwołującego stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23% nie wynikało z jego wątpliwości, czy jest możliwe zastosowanie stawki preferencyjnej, czy też nie. Odwołujący w trakcie postępowania, w tym w treści pisma z 27 września 2018 r. wyraźnie wskazywał, że jego zdaniem do usług objętych zamówieniem na prowadzenie PZUD ma zastosowanie stawka podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Dopiero na etapie odwołania, po przytoczeniu tez orzeczniczych sugeruje, że mógł on pozostawić

w wątpliwości w tym przedmiocie.

Mimo że w zamówieniu na część 5. ofertę złożył wyłącznie Odwołujący, Zamawiający nie mógł zaakceptować jego oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Działanie takie naruszałoby zasady uczciwej konkurencji, byłoby bowiem działaniem niezgodnym z prawem. Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jest zgodne z orzecznictwem.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu 25 października 2018 r., Zamawiający, powołując się na art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z 17 października 2018 r. w zakresie części 5 – rejon Wadowice wskazując, że błędnie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty, która jest niezgodna z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Z uwagi na powyższe, Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Jednocześnie Zamawiający powiadomił

o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zawiera ona błąd w obliczeniu ceny – zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Błąd ten nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał konkretną stawkę podatku od towarów i usług. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił stawki VAT, a zatem wykonawca, jako podatnik, zobowiązany był do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem

i zaklasyfikowaniu wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji oraz ustalenia prawidłowej stawki VAT. Na Zamawiającym, który odpowiedzialny jest za właściwe wydatkowanie środków publicznych, spoczywa natomiast obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki VAT w złożonych ofertach.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest prowadzenie Punktu Zimowego Utrzymania Dróg (PZUD) na drogach krajowych województwa małopolskiego, administrowanych przez GDDKiA oddział w Krakowie. Zakres zamówienia obejmuje świadczenie usług zbierania, gromadzenia i przekazywania informacji o warunkach ruchu, stanie nawierzchni i warunkach pogodowych na drogach krajowych województwa małopolskiego administrowanych przez dany rejon. Główny kod Wspólnego Słownika Zamówień dla tego zamówienia to CPV 63.71.27.10-03 usługi monitorowania ruchu. Dla tego typu usług należało przyjąć jako właściwą stawkę VAT w wysokości 8%. Stanowisko Zamawiającego potwierdza interpretacja Urzędu Statystycznego z 11 lipca 2017 r., zgodnie z którą zastosowanie 8% stawki VAT jest właściwe dla usług objętych przedmiotowym zamówieniem polegających na prowadzeniu i koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu, tj. w zakresie czynności zbierania, gromadzenia i przekazywania informacji o warunkach ruchu, stanie nawierzchni i warunkach pogodowych. Tymczasem Odwołujący w swojej ofercie do obliczenia ceny zastosował stawkę VAT w wysokości 23%,

a w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie podtrzymał zasadność zastosowania do obliczenia ceny oferty VAT w wysokości 23%, opierając swoje stanowisko na założeniu, że usługa ta jest częścią kompleksowej usługi utrzymania dróg. Przedmiotowe zamówienie stanowi jednak odrębną usługę, związaną jedynie z zimowym utrzymaniem dróg i dla tej usługi właściwą jest stawka VAT

w wysokości 8%. Wykonawca, w wyniku błędnej interpretacji przepisów określających stawkę podatku, złożył ofertę zawierającą niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę VAT, którą, mając na uwadze uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, w sprawie zastosowania błędnej stawki VAT przy obliczeniu ceny ofertowej, należało odrzucić jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Z uwagi na fakt, że była to jedyna oferta złożona w zakresie części 5., w konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje natomiast, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisk Stron w postępowaniu odwoławczym, przedmiotem sporu jest wysokość stawki podatku od towarów i usług mającej zastosowanie dla zamawianej usługi. Zgodnie z oceną Odwołującego stawka ta powinna wynosić 23%, a według Zamawiającego – 8%.

Jak wynika z dyspozycji art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku wynosi 22% (obecnie 23%), a dla towarów i usług wymienionych w do ustawy stawka podatku wynosi 7% (obecnie 8%). Przy tym zasadą prawa podatkowego jest, co nie było sporne, że wszystkie towary i usługi opodatkowane są stawką podatkową, chyba że na mocy konkretnych przepisów ustawodawca wskazał inną stawkę podatku albo od podatku zwolnił.

Jedyną podaną w trakcie postępowania odwoławczego podstawą prawną zastosowania stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8% jest pozycja 174. załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług, tj. usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu – symbol PKWiU 81.29.12.0. PKWiU z roku 2008 i 2015 swoim zakresem również obejmuje „usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu”.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, zgodnie z zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisem przedmiotu zamówienia, jest:

1) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji pogodowej na podstawie stacji meteo, kamer usytuowanych przy drogach krajowych oraz obserwacji własnej, informacji w mediach (radio, TV, Internet itp.),

2) bieżące, stałe monitorowanie sytuacji na drogach oraz kontrola stanu nawierzchni na podstawie obserwacji własnych, informacji od operatorów sprzętu ZUD, kamer usytuowanych przy drogach krajowych, informacji w mediach, informacji od innych służb

i użytkowników dróg,

3) kontrola pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg poprzez system GPS, obowiązujący w GDDKiA,

4) monitorowanie zgodności prowadzenia prac zimowego utrzymania dróg przez wykonawcę całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg z obowiązującymi standardami ZUD oraz z zawartą umową na całoroczne (bieżące i

zimowe) utrzymanie dróg w celu rozliczenia usługi ZUD,

5) potwierdzanie spełnienia wymaganego standardu zimowego utrzymania dróg,

6) współpraca z innymi PZUD działającymi w strukturze oddziału GDDKiA i dyżurnymi wykonawcy ZUD w celu wymiany informacji, szczególnie na temat zagrożeń pogodowych i utrudnień w ruchu,

7) obsługa komputera, zbieranie danych, redagowanie informacji od koordynatora akcji ZUD z ramienia wykonawcy ZUD i przekazywanie danych w formie meldunków elektronicznych do dyżurnego PID w oddziale GDDKiA w Krakowie,

8) prowadzenie niezbędnej dokumentacji dotyczącej akcji zimowego utrzymania dróg, na podstawie której można będzie określić jej przebieg, podjęte czynności, pracę sprzętu, utrudnienia na drogach powstałe w trakcie zmiany oraz inne zdarzenia mające wpływ na sytuacje występujące na drogach,

9) przekazywanie informacji dotyczących zaistniałych zdarzeń i utrudnień na sieci drogowej, a przede wszystkim o wypadkach, karambolach, zatorach, uszkodzeniach nawierzchni, uszkodzeniach urządzeń BRD itp. do PID w oddziale i kierownika rejonu i obwodu,

10) udzielanie wszystkim zainteresowanym informacji o warunkach przejazdu na drogach krajowych w rejonie i występujących utrudnieniach w ruchu w zakresie pełnionej funkcji oraz o ilości pracującego sprzętu.

Nie było to sporne pomiędzy Stronami.

Jak wynika z powyższego, celem i istotą zamawianej usługi jest monitorowanie sytuacji pogodowej i wynikającego z niej stanu dróg, jak też monitorowanie i kontrola działań wykonawców świadczących usługi zimowego utrzymania dróg, a także zbieranie danych

i prowadzenie dokumentacji w tym zakresie oraz informowanie o powyższym. Jak podkreślił podczas rozprawy Zamawiający, usługa ta świadczona jest na użytek własny Zamawiającego, nie zaś w celu informowania wykonawców usług zimowego utrzymania dróg o konieczności podjęcia działań ZUD, czy użytkowników dróg.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający usługę tę zaklasyfikował jako CPV 63.71.27.10-03 usługi monitorowania ruchu – nie powiązał ich więc bezpośrednio

z usługą zimowego utrzymania dróg.

Przywołana pozycja 174. załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług wskazuje, że stawką 8% objęte są usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu.

W ocenie Izby przedmiotowy zakres zamówienia w sposób oczywisty nie mieści się

w zakresie „usług zamiatania śmieci i usuwania śniegu” i żaden racjonalnie działający podatnik, którego nie chroni interpretacja indywidualna (oparta na bardzo solidnych podstawach faktycznych i prawnych), z własnej inicjatywy nie zakwalifikuje i nie powinien zakwalifikować jej do tego zakresu. Istnieje też bardzo niewielkie prawdopodobieństwo, by takiej kwalifikacji dokonały czy to organy skarbowe, czy też Urząd Statystyczny (w zakresie grupowania PKWiU 81.29.12.0).

Należy bowiem przyznać rację Odwołującemu, że obie przywołane przez Zamawiającego interpretacje indywidualne (z 24 października 2017 r. oraz z 19 lipca 2013 r.), jak i opinia Urzędu Statystycznego z 11 lipca 2017 r., odnoszą się do innego stanu faktycznego, tj. sytuacji, w której wykonawca wykonuje jako całość usługę monitorowania stanu dróg, usuwania śniegu (oblodzeń, śliskości itp.), a następnie dokumentowania i raportowania jej wykonania. Niezrozumiałe jest przekonanie Zamawiającego, że interpretacje te w ogóle dotyczą prowadzenia PZUD.

We wszystkich przywołanych dokumentach zostały one opisane analogicznie – przykładowo w opinii Urzędu Statystycznego jako „usługi polegające na prowadzeniu i koordynacji prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych w sezonie zimowym obejmujące m.in.: bieżące monitorowanie zjawisk atmosferycznych i sytuacji na sieci dróg krajowych administrowanych przez Obwód Drogowy, zbieranie informacji i sporządzanie meldunków do Zespołu Zarządzania Ruchem o stanie nawierzchni dróg krajowych, występujących warunkach pogodowych i zdarzeniach w obrębie Obwodu Drogowego, wysyłanie solarek i pługów do likwidacji śliskości i odśnieżania dróg, prowadzenie dziennika dyżuru zimowego utrzymania dróg oraz dziennika pracy sprzętu”.

Usługa ta jest jednolita, a poszczególne czynności pozostają w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym: sprawdzenie, czy należy podjąć czynności usuwania śniegu/śliskości/ oblodzenia, dokonanie tych czynności, udokumentowanie ich, raportowanie GDDKiA o wykonaniu. Istnieje więc pomiędzy nimi ten nierozrwalny związek i zależność,

o którym mowa w interpretacji indywidualnej z 17 listopada 2017 r. Zakwalifikowanie usług monitorowania, dokumentowania i raportowania do „usług usuwania śniegu” wynika,

w ocenie Izby, właśnie ze stwierdzenia ich nierozrwalności z usługą usuwania śniegu

i objęcia zakresem „usług usuwania śniegu” – i odpowiadającą mu stawką VAT – jako usługi

o jednolitym charakterze. Po wykluczeniu z zakresu usługi samego usuwania śniegu nie ma zaś jakichkolwiek podstaw, by taką stawkę zastosować.

W niniejszym przypadku natomiast nie ma żadnej zależności pomiędzy usługą zamawianą

w przedmiotowym postępowaniu, a usuwaniem śniegu – efekty monitorowania nie są nawet przekazywane wykonawcom świadczącym usługi „usuwania śniegu”.

Tym samym na gruncie powołanych przez Stronę przepisów podatkowych, w ocenie Izby, nie ma podstaw do stwierdzenia, że należało zastosować stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8%, a tym samym w ofercie Odwołującego nie zaistniał błąd w obliczeniu ceny w postaci wskazania nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Sytuację niniejszą należy ocenić negatywnie także na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych i zasad rządzących zamówieniami publicznymi. Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych, wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zasada przejrzystości postępowania. Wyraża się ona m.in. w tym, że reguły, według których prowadzone jest postępowanie, powinny być znane wykonawcom od wszczęcia postępowania i nie powinny one ulegać zmianie w trakcie postępowania – a co najmniej od momentu upływu terminu składania ofert, kiedy to już pewnych czynności nie można cofnąć, zmienić ani dokonać, m.in. treści oferty. Tym samym wykonawcy po złożeniu ofert nie powinni być zaskakiwani stanowiskiem zamawiającego. A w niniejszym przypadku stanowisko Zamawiającego niewątpliwie było dla Odwołującego nieoczekiwane.

Należy zauważyć, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości dotyczących prawidłowej wysokości stawki podatku od towarów i usług, zamawiający dysponuje narzędziem przewidzianym w art. 14s ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, tj. możliwością złożenia wniosku o wydanie interpretacji w związku z udzielanym zamówieniem publicznym. Zgodnie z tym przepisem (*notabene* wprowadzonym właśnie w celu uniknięcia sytuacji, jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu) z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić nie tylko podatnik, ale

także zamawiający

w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym, podmiot publiczny

w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia w związku z zawieraną umową o partnerstwie publiczno-

-prywatnym, lub zamawiający w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia koncesjonariusza wraz z ewentualną płatnością od zamawiającego w związku z zawieraną umową koncesji na roboty budowlane lub usługi. W takim przypadku przepisy stosuje się odpowiednio do wykonawcy, partnera prywatnego lub koncesjonariusza (dotyczą one m.in. objęcia ochroną podmiotu, który się do tej interpretacji zastosował).

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego

z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie naruszył natomiast przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co do zasady więc zamawiający może naruszyć ten przepis, gdy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej w inny sposób, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie należy jednak odczytywać wyłącznie połowy jego treści jako osobnej normy, choć oczywiście

z samej istoty zamówień publicznych wynika, że jeśli złożono w postępowaniu prawidłowe oferty, a postępowanie nie podlega unieważnieniu z powodu wystąpienia którejkolwiek

z przyczyn wskazanych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych, to zamawiający powinien wyboru oferty dokonać, aby zrealizować cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający unieważnia (to znaczy – jest zobowiązany unieważnić) postępowanie

o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem punktu 2 i 3 (punkty te nie dotyczą niniejszej sprawy). Przepis ten stosuje się odpowiednio do części zamówienia, jeśli w danym postępowaniu dopuszczono składanie ofert częściowych.

W przypadku opisanym w tym przepisie unieważnienie postępowania jest więc bezpośrednią i konieczną konsekwencją braku prawidłowych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stwierdzenie, że taka oferta lub oferty występują, prowadzi do konieczności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, co też Izba, dla porządku, nakazała Zamawiającemu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 7.500 złotych, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika w wysokości 139 złotych.

**Przewodniczący:.....**