

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej Gea-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Płochocinie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu**,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1, 5 oraz 6 zamówienia; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej Gea-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Płochocinie** w części nr 1, 5 i 6 zamówienia; (iii) odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp: w części nr 1 zamówienia oferty wykonawcy P.H.U. „Jakar” s.c. J. S., K. R., w części nr 5 oraz 6 zamówienia ofert wykonawców: **Granimex W. G. spółka jawna**, **Awator sp. z o.o.**, **K. G. K.**, **F.H.P.U. Fimak J. K.**; (iv) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Zegrzu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej Gea-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Płochocinie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Zegrzu** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Gospodarki Wodno-Ściekowej Gea-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Płochocinie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

W dniu 22 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej Gea-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Płochocinie** (dalej **Odwołujący**) wobec następujących czynności zamawiającego **26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Zegrzu** (dalej **Zamawiający**):

- 1) czynności oceny przez Zamawiającego oferty Odwołującego i dokonanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie przez Odwołującego stawki VAT 8 % do przedmiotu zamówienia w części 1, części 5 i części 6, pomimo że zastosowana stawka VAT 8 % zgodnie z posiadanymi przez Odwołującego interpretacjami indywidualnymi oraz opinią doradcy podatkowego była stawką prawidłową;
- 2) czynności oceny wyjaśnień Odwołującego złożonych w dniu 25.01.2021 roku i pominięcie tych wyjaśnień w zakresie prawidłowego zastosowania przez Odwołującego stawki VAT 8 %;
- 3) zaniechaniu: (a) odrzucenia w części 1 oferty złożonej przez wykonawcę **PHU Jakar s.c.** jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8 %; (b) odrzucenia w części 5 ofert złożonych przez wykonawców: (i) **Granimex W. G. spółka jawna**, (ii) **Awator sp. z o.o.**, (iii) **K.**, (iv) **F.H.P.U. Fimak** jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8 %; (c) odrzucenia w części 6 ofert złożonych przez wykonawców: (i) **Granimex W. G. spółka jawna**, (ii) **Awator sp. z o.o.**, (iii) **K.**, (iv) **F.H.P.U. Fimak** jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8 %;
- 4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części 1, 5 i 6;
- 5) dokonaniu wyboru: (a) w części 1 oferty wykonawcy **PHU Jakar s.c.** jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie błędnej stawki podatku VAT; (b) w części 5 oferty **Awator sp. z o.o.** jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie błędnej stawki podatku VAT; (c) w części 6 oferty **Granimex W. G. spółka jawna**, jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie błędnej stawki podatku VAT;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w części 1, 5 i 6 Zamówienia naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie zapewnienia przez Zamawiającego przy zaskarżonej czynności zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, tj. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki VAT, pomimo że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia zastosowanej stawki VAT;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie stawki podatku VAT i podlega odrzuceniu, w sytuacji w której to oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a pozostali wykonawcy zastosowali niewłaściwą stawkę podatku VAT w ofertach obejmujących te części Zamówienia i ich oferty powinny być odrzucone na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 6 Pzp;

3)art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu w części 1, 5 i 6 zamówienia: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny ofert i uznanie stawki podatku VAT (8 %) wskazanej w ofercie Odwołującego jako prawidłowej, powtórzenie czynności oceny ofert i uznanie stawki podatku VAT (23 %) wskazanych w ofertach pozostałych wykonawców jako nieprawidłowej i odrzucenie tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, uznanie oferty Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu oraz jej wybór jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów przywołanych w odwołaniu na okoliczności w nich wskazane, w szczególności potwierdzające, że: (a) zastosowana stawka podatku VAT (8%) przez Odwołującego w części 1, 5 i 6 Zamówienia jest prawidłowa a wskazana przez pozostałych wykonawców stawka podatku VAT (23%) jest nieprawidłowa; (b) złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzały, iż stawka podatku VT zastosowana przez Odwołującego była prawidłowa; (c) uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego obejmowało okoliczności i twierdzenia nie mające podstaw prawnych i faktycznych jak również, iż Zamawiający nie uzasadnił merytorycznie postawionego Odwołującemu zarzutu zastosowania nieprawidłowej stawki VAT; (d) ewentualne zawieszenie postępowania odwoławczego do chwili uzyskania przez Odwołującego Wiążącej Informacji Stawkowej wydanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w trybie określonym we właściwych przepisach, potwierdzającej jednoznacznie jaką stawkę należy zastosować w zamówieniu; zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 17 lutego 2021 Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w części 1, 5 i 6 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w tych częściach, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Dowód (1) - pismo Zamawiającego z dnia 17.02.2021 roku

Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego na część 1, 5 i 6 Zamówienia zawiera nieprawidłową stawkę podatku VAT (8 %) zamiast stawki prawidłowej w ocenie Zamawiającego tj. 23 %, a tym samym podlega odrzuceniu. Jedynym merytorycznym uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego w części 1, 5 i 6 Zamówienia były następujące twierdzenia: 1) Przedmiot zamówienia w części 1, 5 i 6 Zamówienia winien być sklasyfikowany w grupowaniu PKWiU 42.21.22.0 do którego stosuje się podstawową stawkę podatku VAT 23%; 2) Zakres usług objętych Zamówieniem obejmuje konserwację systemu zaopatrzenia w wodę i systemu odprowadzania i oczyszczania ścieków; 3) Przedstawione przez Odwołującego w dniu 21.01.2021 wyjaśnienia odnosiły się do innych stanów faktycznych, niż ten będący przedmiotem zamówienia i nie mają zastosowania w tym przypadku.

W ocenie Odwołującego z takim uzasadnieniem nie można się zgodzić, gdyż Odwołujący w wyjaśnieniu z dnia 21.01.2021 przedstawił analizę podatkową odnoszącą się do tego postępowania i opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia „[...] Obecnie Spółka uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla usług konserwacji przepompowni, oczyszczalni ścieków i hydroforni na terenach administrowanych przez 26 wojskowy oddział gospodarczy w Zegrzu [...]”. Przeprowadzona przez doradcę podatkowego analiza zastosowanej stawki VAT 8% opierała się na analizie postanowień SIWZ oraz wykładni przepisów podatkowych i interpretacji podatkowych posiadanych przez Odwołującego. Dowód (2) - wyjaśnienie Odwołującego z dnia 21.01.2021.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przedmiotem sporu jest zastosowanie określonej stawki podatku VAT i spór w nikłym stopniu dotyczy bezpośrednio przepisów Pzp. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem „Dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2020 roku sygn. akt KIO 733/20).” Tym samym Zamawiający był zobowiązany do oceny zastosowanej stawki VAT, jednak należy wskazać iż Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego twierdzenia zawartego w zawiadomieniu z dnia 17.02.2021, iż przedstawione przez Odwołującego w dniu 21.01.2021 wyjaśnienia odnosiły się do innych stanów faktycznych, niż ten będący przedmiotem zamówienia i nie mają zastosowania w tym przypadku. Na Zamawiającym w tym zakresie ciążył ciężar dowodu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w części 1, 5 i 6. W ocenie Odwołującego części 1, 5 i 6 Zamówienia obejmowały:

1)W zakresie części 1 Zamówienia na Usługi polegające na przeglądach, konserwacji, serwisie bieżącym i usuwaniu awarii urządzeń, sieci wodociągowych, stacji uzdatniania wody, ujęciami wody oraz sieci kanalizacyjnych, oczyszczalni ścieków, kolektorów odpływowych z odcinkiem rowu melioracyjnego na terenie kompleksu wojskowego w Celestynowie, obejmowały:

a)usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków - należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z wyjaśnieniami GUS kod 37.00.11.0 odnosi się do usługi związanej z odprowadzaniem ścieków, zazwyczaj wykonywanej za pomocą systemów ściekowych, kanalizacyjnych lub drenażowych, usługi oczyszczania ścieków (włączając ścieki przemysłowe, pochodzące z gospodarstw domowych, basenów kąpielowych itp.) w procesach fizycznych, chemicznych i biologicznych, takich jak: odsiewanie, filtrowanie, oczyszczanie mechaniczne na kratkach i sitach, sedymentacja itp., usługi związane z utrzymaniem, czyszczeniem systemów kanalizacyjnych i drenażowych, włączając przetykanie rur;

b)usługi związane z uzdatnianiem i dostarczaniem wody za pośrednictwem sieci wodociągowych zgodnie z tabelą przejść dla klasyfikacji PKWiU 2008 oraz 2015 oznaczone kodem PKWiU 36.00.20.0 - klasyfikacja powyższa dotyczy zatem także usług związanych z bieżącą konserwacją instalacji oczyszczających i dostarczających wodę.

2)W zakresie części 5 i 6 Zamówienia dotyczących: (część 5) Wykonania konserwacji, serwisu bieżącego, usuwania awarii dokonywania napraw hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody raz studniami głębinowymi na terenie kompleksu Zegrze oraz (część 6) Wykonaniu konserwacji, serwisu bieżącego, usuwaniu awarii i dokonania napraw urządzeń wodociągowych na terenie kompleksu Kąty Węgierskie dotyczyły wyłącznie usług związanych z uzdatnianiem i dostarczaniem wody za pośrednictwem sieci wodociągowych zgodnie z tabelą przejść dla klasyfikacji PKWiU 2008 oraz 2015 oznaczone kodem PKWiU 36.00.20.0 - klasyfikacja powyższa dotyczy zatem także usług związanych z bieżącą konserwacją instalacji oczyszczających i dostarczających wodę.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze charakter usług określonych w punkcie 6 powyżej, zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego stanowiskiem z dnia 21.01.2021 należy stwierdzić, iż skoro usługi jakie Odwołujący ma świadczyć w ramach zamówienia publicznego podlegają klasyfikacji według grupowań PKWiU 2015 pod kodem 37.00.11.0. oraz

36.00.20.0. właściwą stawką podatku VAT będzie w tym przypadku stawka 8 % zgodnie z brzmieniem art. 41 ust. 2 oraz poz. 24 i 26 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Okolicznością bezsporną jest fakt, iż Zamawiający nie wskazał stawki VAT w SIWZ, tym samym ocena zastosowania stawki podatku VAT może być przedmiotem postępowania odwoławczego.

W zakresie wniosku o zawieszenie postępowania, Odwołujący wskazał, iż od dnia 1 listopada 2019 każdy podatnik jest uprawniony do wystąpienia do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z wnioskiem o wydanie Wiążącej Informacji Stawkowej (WIS), która wskazuje prawidłową stawkę podatku VAT dla określonego grupowania PKWiU i przedstawionego stanu faktycznego. W takiej sytuacji, gdy strony postępowania odwoławczego mogą uzyskać swego rodzaju urzędowe potwierdzenie stawki podatku VAT, rozstrzygnięcie odwołania bez uzyskania WIS należy uznać za przedwczesne, i w takim zakresie wniosek o zawieszenie postępowania jest uzasadniony, tym bardziej, jak wskazał Odwołujący, że na dzień złożenia odwołania dla kodu PKWiU 42.21.22.0 wskazanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie było wydanej żadnej WIS (według informacji uzyskanej ze strony internetowej <https://www.kis.Rov.pl/informacje-podatkowe-i-celne/wiazace-informacje-stawkowe-wyszukiwarka>)

Izba ustaliła co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. 31.12.2020 r.) w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. konserwacje przepompowni, oczyszczalni ścieków i hydroforni na terenach administrowanych przez 26 wojskowy oddział gospodarczy w Zegrzu. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w podziale na 6 części:

- 1) Część nr 1 - przegląd, konserwacja, serwis bieżący, naprawa i usuwanie awarii urządzeń, sieci wodociągowych, stacji uzdatniania wody, ujęciami wody oraz sieci kanalizacyjnych, oczyszczalni ścieków, kolektorów odpływowych z odcinkiem rowu melioracyjnego na terenie kompleksu wojskowego w Celestynowie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2a do umowy stanowiącej załącznik nr 6a do SIWZ;
- 2) Część nr 2 - konserwacja, utrzymanie w ciągłym ruchu, usuwanie awarii i dokonywanie napraw w przepompowni ścieków na terenie kompleksu wojskowego w Białobrzegach - budynek nr 39. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2b do umowy stanowiącej załącznik nr 6b do SIWZ;
- 3) Część nr 3 - konserwacja, utrzymanie w ciągłym ruchu, usuwanie awarii i dokonywanie napraw w przepompowni ścieków na terenie kompleksu wojskowego w Białobrzegach - budynek nr 137. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2c do umowy stanowiącej załącznik nr 6b do SIWZ;
- 4) Część nr 4 konserwacja, utrzymanie w ciągłym ruchu, usuwanie awarii i dokonywanie napraw w przepompowni ścieków na terenie kompleksu wojskowego w Zegrzu - budynek nr 321. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2d do umowy stanowiącej załącznik nr 6b do SIWZ;
- 5) Część nr 5 - konserwacja, serwis bieżący, usuwanie awarii i dokonanie napraw hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody oraz studni głębinowych, dokonanie napraw urządzeń wodociągowych na terenie kompleksu wojskowego w Zegrzu - budynek 219. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2e do umowy stanowiącej załącznik nr 6c do SIWZ.
- 6) Część nr 6 - konserwacja, serwis bieżący, usuwanie awarii i dokonanie napraw hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody oraz studni głębinowych, dokonanie napraw urządzeń wodociągowych na terenie kompleksu wojskowego w Kątach Węgierskich - Strzelnica.

W Rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił sposób obliczenia ceny. Zamawiający wskazał, że wykonawca określi cenę oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia na załączonym do SIWZ Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wg zasad określonych w sposobie wypełnienia tego formularza.

Każdą pozycję Formularza cenowego stanowiącego załącznik 2a, 2b, 2c, 2d, 2e, 2f do SIWZ (odpowiednio dla części) należy obliczyć w następujący sposób:

dla części nr 1 - cena netto za jeden miesiąc zł (kol. 4) x ilość miesięcy (kol. 5) cena netto za cały okres usługi (kol. 6); naprawa i usuwanie awarii cena ogólna netto za cały okres usługi (kol. 6) + wartość podatku VAT (kol. 7) cena ogólna brutto (kol. 8) łączna cena oferty kol. 8 suma kol. 6 + suma kol. 7

dla części nr 2, 5, 6 cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł netto (kol. 1) + kwota VAT (kol. 2) cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł brutto (kol. 3) x ilość konserwacji w trakcie trwania umowy (kol. 4) wartość umowy netto (kol. 5) x wartość podatku VAT (kol. 6) wartość umowy brutto (kol. 7) naprawa i usuwanie awarii wartość umowy netto (kol. 5) + wartość podatku VAT (kol. 6) wartość umowy brutto (kol. 7). Całkowita wartość oferty kol. 7 suma kol. 5 + suma kol. 6

dla części nr 3 cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł netto (kol. 1) + kwota VAT (kol. 2) cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł brutto (kol. 3) x ilość konserwacji w trakcie trwania umowy (kol. 4) wartość umowy netto (kol. 5) x wartość podatku VAT (kol. 6) wartość umowy brutto (kol. 7) naprawa i usuwanie awarii wartość umowy netto (kol. 5) + wartość podatku VAT (kol. 6) wartość umowy brutto (kol. 7). Całkowita wartość oferty kol. 7 suma kol. 5 + suma kol. 6

dla części nr 4 cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł netto (kol. 1) + kwota VAT (kol. 2) cena za wykonaną usługę konserwacyjną zł brutto (kol. 3) x ilość konserwacji w trakcie trwania umowy (kol. 4) wartość umowy netto (kol. 5) x wartość podatku VAT (kol. 6) wartość umowy brutto (kol. 7)

Zamawiający wymaga wypełnienia i wyceny wszystkich pozycji Formularza cenowego. Wyliczoną wartość netto i wartość brutto z Formularza cenowego należy wpisać cyfrowo i słownie w Formularzu ofertowym.

W formularzu cenowym Zamawiający wymagał osobnej wyceny usługi usunięcia awarii i naprawy oraz usługi konserwacji i bieżącego serwisu.

Izba ustaliła, że w części 1, 5 oraz 6 zamówienia Odwołujący w formularzu oferty ustalił stawkę VAT 8% na usługi: konserwacja serwis bieżący sieci wodociągowych, stacji uzdatniania wody, ujęć wody oraz sieci kanalizacyjnych, oczyszczalni ścieków, kolektorów odpływowych z odcinkiem rowu melioracyjnego" (część 1 zamówienia); „konserwacja serwis bieżący hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody oraz studniami głębinowymi" (część 5 zamówienia); „konserwacja serwis bieżący urządzeń wodociągowych" (część 6 zamówienia).

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego oraz wykonawców: PHU JAKAR s.c., K. G. K., Granimex G. Sp. j Awatar sp. z o.o. oraz F.H.P.U FIMAK do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT 23% dotyczącej usług konserwacji i bieżącego serwisu. Wykonawcy złożyli wyjaśnienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W części 1 zamówienia za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy P.H.U. KAKAR s.c. J. S., K. R., w części 5 zamówienia oferta wykonawcy Awatar sp. z o.o., w części 6 zamówienia – oferta wykonawcy Granimex W. G. sp. j. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w części 1, 5 oraz 6 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na zastosowanie błędnej stawki VAT w zakresie usługi usuwania i dokonywania napraw.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu są zasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający nie wykazał, iż Odwołujący zastosował błędną stawkę VAT w części 1 zamówienia w odniesieniu do prac przegląd i konserwacja, urządzeń, sieci wodociągowych, stacji uzdatniania wody, sieci kanalizacyjnych, oczyszczalni ścieków, kolektorów odpływowych z odcinkiem rowu melioracyjnego, części 5 zamówienia w odniesieniu do prac konserwacja, serwis bieżący hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody oraz studni głębinowych, części 6 zamówienia w zakresie prac konserwacja serwis bieżący urządzeń wodociągowych.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jak stwierdził SN w uchw. z 20.10.2011 r. (, OSNC 2012, Nr 4, poz. 44) o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł. Stąd – w ocenie SN – przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „**ustawa VAT**”)) opodatkowaniu tym podatkiem podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Jak stanowi przepis art. 5a ww. ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne. Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy VAT dla towarów i usług wymienionych w do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z żywnością (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem . Załączniku nr 3 w poz. 24 i 26 wymienia „Usługi związane z uzdatnianiem i dostarczaniem wody za pośrednictwem sieci wodociągowych” oraz „Usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków”. Jednocześnie zgodnie z art. 14aa ust. 1 pkt 2 stawka VAT 7% została podniesiona o jeden punkt procentowy do stawki 8%.

Należy zatem wskazać, że podatnik (wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia) zobowiązany jest do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem i zaklasyfikowaniem wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji. Do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106b ustawy o podatku od towarów i usług). Kształtuje to stosunek zobowiązaniowy, o którym mowa w art. 5 ustawy Ordynacja podatkowa. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie.

Nie ulega więc wątpliwości, że wskazanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT będzie skutkowało odrzuceniem złożonej przez niego oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w zakresie części 1, 5 oraz 6 zamówienia wskazał, że wykonawca określił błędną stawkę VAT i nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2021 r. podstaw do zastosowania stawki VAT 8% do usługi konserwacji i serwisu bieżącego. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Zdaniem Izby, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach popartych posiadanymi interpretacjami indywidualnymi uzasadnił w stopniu wystraczającym podstawę zastosowania stawki VAT w wysokości 8%. Zdaniem Izby złożona przez Odwołującego opinia Doradcy Podatkowego oparta o analizę i porównanie stanu prawnego z momentu wydania indywidualnych interpretacji podatkowych dla Odwołującego oraz przepisami obecnie obowiązującymi pozwala na przyjęcie, iż wykonawca w sposób prawidłowy dokonał ustalenia stawki VAT.

W zakresie części 1 zamówienia, Izba wskazuje, że Zamawiający w załączniku nr 2a pkt 3, opisując zakres prac wymaganych od wykonawcy posłużył się pojęciem „Szczegółowy zakres obsługi i konserwacji urządzeń i sieci

kanalizacyjnych", co zdaniem Izby odpowiada rodzajowi usług wskazanych w dziale 37.00.11.0 PKWiU i jest również potwierdzone wyjaśnieniami GUS do PKWiU (Warszawa 2016), w których znajduje się informacja, że grupowanie to obejmuje swoim zakresem usługi związane z odprowadzaniem ścieków, zazwyczaj wykonywane za pomocą systemów ściekowych, usługi oczyszczania ścieków, usługi związane z utrzymaniem, czyszczeniem systemów kanalizacyjnych i drenażowych, włączając przetykanie rur. Należy podkreślić, że w OPZ Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest całodobowy i bezawaryjny odbiór ścieków, utrzymanie systemów kanalizacyjnych, w ten sposób, aby spełniały odpowiednie wymagania, wyszczególniając szereg prac w tym zakresie (pkt 3.5), bezpośrednia obsługa zapewniająca uzyskanie parametrów ścieków oczyszczonych zgodnych z pozwoleniem wodno-prawnym: BZT5 - 25 mg O₂/l, ChZT - 125 mg O₂/l, zawiesina ogólna - 35 mg/l, oraz likwidacja przyczyn i skutków odchylenia od norm odprowadzanych ścieków, właściwe zgodnie z prawem gospodarowanie odpadami powstającymi na oczyszczalni (pkt 3.4), zapewnienie by parametry oczyszczonych ścieków nie przekraczały wartości dopuszczalnych określonych w aktualnym pozwoleniu wodno-prawnym (pkt 3.3). Zdaniem Izby powyższe czynności uznać należy za usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków. Prace konserwacyjne i bieżący serwis na jakie powołuje się Zamawiający to prace związane z prawidłowym utrzymaniem urządzeń i sieci kanalizacyjnej, a więc nie sposób nie zakwalifikować ich jako usług związanych z obsługą i utrzymaniem system kanalizacyjnych. Izba podkreśla, że zgodnie z pkt 3.5 OPZ, do obowiązków wykonawcy należy całodobowy i bezawaryjny odbiór ścieków, co jednoznacznie potwierdza iż przedmiotem zamówienia jest usługa odbiór ścieków, do której odnosi się klasyfikacja 37.00.11.0. Aby wykonać w sposób prawidłowy owe usługi, wykonawca zobowiązany jest do wykonywania bieżącej obsługi, konserwacji i napraw urządzeń kanalizacyjnych i wszystkich elementów urządzeń oczyszczalni ścieków i usługi te uznać należy za usług mieszczące się w klasyfikacji wskazanej przez Odwołującego.

Odnoszą się do stanowiska Zamawiającego, Izba wskazuje, że z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części 1 zamówienia nie wynika w żaden sposób na jakiej podstawie Zamawiający sklasyfikował usługę konserwacji systemu zaopatrzenia w wodę i systemu odprowadzenia i oczyszczania ścieków do grupowania PKWiU 42.21.22.0 – roboty ogólnobudowlane. Grupowanie PKWiU 42.21.22.0 odnosi się do robót ogólnobudowlanych związanych z budową rurociągów przesyłowych. Analiza opisu przedmiotu zamówienia i zakresu prac jakie wymaga Zamawiający nie daje podstaw do przyjęcia, iż w zakresie części 1 zamówienia mamy do czynienia z jakąkolwiek budową rurociągów przesyłowych.

Pośrednio wywieść należy, że Zamawiający utożsamia roboty ogólnobudowlane związane z budową sieci przesyłowych z konserwacją i bieżącym serwisem, co w ocenie Izby jest bezpodstawne. Zdaniem Izby prace ogólnobudowlane związane z budową sieci rozdzielczych to prace związane z procesami inwestycyjnymi, remontami, które są wykonywane z zasadami prawa budowlanego. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż literalne brzmienie opisu wskazanego kodu PKWiU 42.21.22.0 wskazuje, iż dotyczy on robót budowlanych, wykonywanych w ramach budowy sieci rozdzielczych oraz prac pomocniczych z tym związanych (czyli związanych z budową sieci rozdzielczych). W przepisach prawa podatkowego brak jest legalnej definicji pojęcia prac budowlanych, jednakże można posłużyć się w tym zakresie przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333). Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 3 pkt 7 wyżej wskazanej ustawy przez termin roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiorze obiektu budowlanego. W tym kontekście „roboty ogólnobudowlane związane z budową sieci rozdzielczych” można określić jako budowę, przebudowę, remont lub rozbiorę takich sieci. Oczywistym jest fakt, iż usługi będące przedmiotem oferty nie stanowią usług budowy, bowiem wspomniana sieć już istnieje. Nie będzie to także usługa polegająca na przebudowie - którą w myśl art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane należy rozumieć jako wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. W wyniku wskazanych powyżej usług objętych ofertą Odwołującego sieci wodociągowe Zamawiającego oraz ich poszczególne elementy nie uzyskają nowych parametrów użytkowych, nie będą więc to także usługi przebudowy. Jednocześnie zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Ostatnia definicja wyraźnie wskazuje, iż pojęcie remontu nie odnosi się do usług bieżącej konserwacji. Zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego zakres usług wykonywanych w ramach oferty składa się na usługę kompleksową w postaci: 1) konserwacji urządzeń składających się na system zaopatrzenia w wodę i system odprowadzania i oczyszczania ścieków w stosunku do części 1 Opisu Przedmiotu zamówienia; 2) konserwacji i serwisie bieżącym urządzeń technicznych hydroforni i studni głębinowych w stosunku do części 5 Opisu Przedmiotu zamówienia; 3) konserwacji i serwisu bieżącym urządzeń wodociagowych w stosunku do części 6 Opisu Przedmiotu zamówienia.

Jak wskazują wyżej przytoczone przepisy usługa konserwacji obiektów budowlanych jest wyłączona z definicji prac budowlanych. Również pojęcie bieżącego serwisu nie zawiera się w jego treści. Zatem prace (usługi) jakie były przedmiotem oferty nie mogą stanowić robót ogólnobudowlanych czy też usług pomocniczych do nich. Z uwagi na powyższe klasyfikowanie tego typu prac pod kodem PKWiU 42.21.22.0 jest, zdaniem Izby, działaniem błędnym.

Dalej, Izba wskazuje, że rozważania Zamawiającego na temat świadczenia kompleksowego i przyjęcia, iż usługi konserwacji uznać należy za usługi podstawowe, a pozostałe usługi za pomocnicze, są bez znaczenia dla sprawy. Nawet gdyby przyjąć, iż usługi konserwacji są świadczeniem podstawowym, to koniecznym dla ustalenia prawidłowej stawki VAT dla świadczenia podstawowego jest zakwalifikowanie tej usługi do określonego grupowania PKWiU, co zdaniem Izby Zamawiający błędnie uczynił. Jak Izba wskazała powyżej, nie zostały w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego określone żadne konkretne roboty ogólnobudowlane związane z budową rurociągów przesyłowych, do której odwołuje się PKWiU 42.21.22.0.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, iż przedstawione przez Odwołującego indywidualne interpretacje podatkowe odnoszą się do innych stanów faktycznych i z uwagi na datę ich wydania (tj. 2009 r.) nie można uznać ich za aktualne. I tak Zamawiający wskazał, że przedstawiony w interpretacji z 5 października 2009 r. sygn. IPPP2/443-792/09-2/SAP stan faktyczny obejmuje zapewnienie przez Odwołującego prawidłowego funkcjonowania całego procesu technologicznego związanego z odbiorem, transportem i utylizacją ścieków (jeżeli w danej gminie Spółka eksploatuje również oczyszczalnię). Izba wskazuje jednakże, że pytanie zadane przez Odwołującego dotyczyło jaka stawka VAT obowiązuje spółkę na świadczenie usługi w zakresie obsługi, eksploatacji i konserwacji zewnętrznych systemów sieci kanalizacyjnej oraz obsługę, eksploatację przepompowni ścieków, gdy nie jest ich właścicielem, dzierżawcą ani zarządzającym, a więc obejmowało swoim zakresem również usługi w zakresie eksploatacji i konserwacji wewnętrznych systemów sieci kanalizacyjnych, do których odwołuje się Zamawiającemu z OPZ. Tym samym wnioski zawarte w interpretacji mogą stanowić wytyczną dla oceny prawidłowości kwalifikacji

dokonanej przez Odwołującego. Również Izba nie podziela stanowiska Odwołującego odnośnie interpretacji z dnia 5 października 2009 r. sygn. IPPP2/443-793/09-2/SAP. Zamawiający po raz kolejny argumentuje, że usług konserwacji urządzeń w opisanych stanach faktycznych jest opisana jako usługa pomocnicza, nie zaś główna. Natomiast, zdaniem Zamawiającego, przedmiot zamówienia, którego dotyczy odwołanie ogniskuje się na usłudze konserwacji i serwisie bieżącym jako działaniu podstawowym (czynności głównej). Tyle tylko, że w żadnej z przywołanych interpretacji organ wydający interpretację nie opiera swojej decyzji na koncepcji świadczenia głównego/podstawowego i pomocniczego. Przedłożone przez Odwołującego interpretacje indywidualne dotyczą również sposobu klasyfikacji usług związanych z konserwacją i bieżącą obsługą urządzeń i sieci kanalizacyjnych oraz stacji uzdatniania wody. Z ich treści wynika, że usługi te można zakwalifikować do kodu 37.00.11.0 oraz 36.00.20.0.

Tym samym, w ocenie Izby w zakresie części 1 zamówienia, Odwołujący wykazał, iż ustalił prawidłową stawkę podatku VAT na usług konserwacji i bieżącego serwisu. Zamawiający zaś nie wykazał okoliczności przeciwnych. Nie wykazał również, iż przyjęta przez niego klasyfikacja spornych usług pod kod 42.21.22.0 jest prawidłowa.

Odnosząc się do części 5 zamówienia, Izba również uznała, że Odwołujący wykazał, iż przyjął prawidłową stawkę VAT w odniesieniu do usługi konserwacji i bieżącego serwisu stacji uzdatniania wody oraz studni głębinowych. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż PKWiU 36.00.20 ograniczają się wyłącznie do usług, których świadczeniem głównym jest dostarczanie wody. Zamawiający wymieniał w odpowiedzi na odwołanie szereg czynności objętych częścią 5 zamówienia, podsumowując, iż czynności te nie obejmują jako głównego świadczenia dostarczania wody. Tyle tylko, że literalna wykładnia grupowania PKWiU 36.00.20, jak również mając na uwadze wyjaśnienia GUS, wskazuje, iż grupowanie to obejmuje swoim zakresem usługi związane zarówno z oczyszczaniem jak i dostarczaniem wody. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający m.in. w pkt 2.2 Załącznika nr 2a wskazał, że do zadań wykonawcy należy zapewnienie stałej dostawy wody o parametrach odpowiadających w stanie surowym dla wody pitnej, określonych w obowiązujących przepisach oraz likwidacja przyczyn i skutków odchylenia jakości wody od obowiązujących norm. Zdaniem Izby kontrola urządzeń oraz poziomu środków chemicznych do oczyszczania wody to czynności, które mieszczą się w usłudze oczyszczania wody. Bez tych czynności, nie byłoby możliwe prawidłowe wykonanie obowiązku wykonawcy związanego z zapewnieniem stałej dostawy wody. Izba w całości podtrzymuje swoją argumentację przedstawioną w odniesieniu do części 1 zamówienia. Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący nieprawidłowo ustalił stawkę podatku VAT dla usługi konserwacji i serwisu, a tym samym w sposób nieprawidłowy odrzuciła ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób na jakiej podstawie przyjęta przez niego klasyfikacja PKWiU 42.21.00.0 jest zasadna, skoro również w części 5 zamówienia nie mamy do czynienia z żadnymi pracami polegającymi na budowie sieci rozdzielczych.

Odnosząc się do decyzji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zakresie części 6 zamówienia, Izba również uznała, iż decyzja ta była nieprawidłowa. Izba podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, wyrażone powyżej. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał zasadne podstawy do zastosowania stawki podatku VAT 8%. Izba podkreśla, że o zastosowaniu klasyfikacji PKWiU z pozycji 36.00.20 decyduje rodzaj czynności jakich zamawiający wymaga od wykonawcy i które wskazane są w SIWZ. Pozycja PKWiU odnosi się do usług związanych z uzdatnianiem, oczyszczaniem i dostarczaniem wody. Nie ulega wątpliwości, że zakresem części 6 zamówienia jest obowiązek wykonawcy zapewnienia ciągłej dostawy wody do kompleksu, a szereg prac związanych z bieżącym serwisem i konserwacją urządzeń służy realizacji tego wymagania. Zdaniem Izby są to usługi związane z uzdatnianiem i dostarczaniem wody. Klasyfikacja dokonana przez Zamawiającego nie jest, zdaniem Izby właściwa. Zamawiającemu nie wykazał w żaden sposób, iż w zakres zamówienia w części 6 zamówienia wchodzi budowa rurociągów czy sieci rozdzielczych.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający błędnie uznał, że oferta Odwołującego w zakresie części 1, 5 oraz 6 zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba nakazał unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w powyższych częściach zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia: a) w części 1 oferty złożonej przez wykonawcę PHU Jakar s.c. jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8%; b) w części 5 ofert złożonych przez wykonawców: (i) Granimex W. G. spółka jawna., (ii) Awator sp. z o.o., (iii) K., (iv) FHPU Fimak jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8%, c) w części 6 ofert złożonych przez wykonawców: (i) Granimex W. G. spółka jawna, (ii) Awator sp. z o.o., (iii) K., (iv) FHPU Fimak jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT 23 % zamiast prawidłowej stawki 8%, Izba wskazuje, że Zamawiający wezwał powyższych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanej stawki VAT 23%. Biorąc pod uwagę rozstrzygnięcie Izby co do prawidłowości stawki VAT na poziomie 8%, uznać należy, że:

1) Część 1 zamówienia – stawka wskazana przez wykonawcę PHU Jakar s.c. w części 1 zamówienia w zakresie usługi konserwacji i bieżącego serwisu w wysokości 23% jest stawką nieprawidłową. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 1 lutego 2021 r. wykonawca wskazał, że usługi konserwacyjne stanowią świadczenie główne i podlegają klasyfikacji PKWiU pod kodem 42.21.22.0 oraz 42.21.23.0. Izba uzasadniła powyżej, iż przedmiotem zamówienia w części 1 nie są prace związane z budową sieci rozdzielczych czy system irygacyjnych, stąd też nie ma podstaw do przyjętej przez wykonawcę kwalifikacji usług. Sam zaś wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej argumentacji co do zasadności przyjętej klasyfikacji. W konsekwencji, w ocenie Izby oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

2) W zakresie części 5 i 6 zamówienia, Izba uznała, że wykonawcy: (i) Granimex W. G. spółka jawna., (ii) Awator sp. z o.o., (iii) K., (iv) FHPU Fimak wskazali błędną stawkę VAT w odniesieniu do usługi konserwacji i bieżącego serwisu, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

• Wykonawca Granimex w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące prawidłowości zastosowanej stawki VAT, w piśmie z dnia 29 stycznia 2021 r. wskazał, że stawką podstawą jest stawka VAT 23%, zaś stawka VAT 8% odnosi się do towarów i usług w załączniku nr 3 do ustawy VAT i wskazał usługi dostawy, budowy, remontu, modernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia są niejasne, nie zawierają żadnego uzasadnienia co do przyjętej stawki VAT. Obowiązkiem wykonawcy, w przypadku braku określenia stawki VAT przez Zamawiającego, jest ustalenie prawidłowej stawki VAT w swojej ofercie. W przypadku wątpliwości wykonawca winien wykazać na jakiej podstawie przyjął danej stawkę VAT, co wiąże się z koniecznością zaklasyfikowania usług do określonego grupowania PKWiU. W treści złożonych wyjaśnień przez wykonawcę

Granimex brak jest jakiegokolwiek wskazania jak usługi objęte częścią 5 i 6 zamówienia zostały sklasyfikowane przez wykonawcę. Jest oczywistym dla Izby, że stawką podstawą VAT jest stawka 23%. Obowiązkiem wykonawcy nie jest jednak wskazanie stawki podstawowej, ale określenie prawidłowej stawki VAT. Brak jest w ustawie Pzp przepisu na podstawie, którego zasadne byłoby przyjęcie ze wskazanie w treści oferty stawki podstawowej jest zawsze prawidłowe. Tym samym, Izba uznała, że wykonawca nie wykazał, że zastosowana przez niego stawka VAT 23% jest stawką prawidłową.

- Wykonawca Awator sp. z o.o. – zdaniem Izby wykonawca nie wykazał prawidłowości zastosowanej stawki VAT na poziomie 23% w części 5 i 6 zamówienia w zakresie usługi konserwacji i bieżącego serwisu. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że stawka VAT 8% ma zastosowania wyłącznie do robót konserwacyjnych związanych ze społecznym budownictwem mieszkaniowym. Zdaniem Izby podstawą do prawidłowej kwalifikacji usług objętych przedmiotem zamówienia nie jest wyłącznie nazwa usługi przyjęte przez Zamawiającego. Zasadnicze znaczenie ma szczegółowy opis usług zwarty w OPZ. Jak Izba wskazała powyżej, z opisu tego wynika, że czynności z zakresu części 5 oraz 6 zamówienia są usługami związanymi z uzdatnianiem i dostarczaniem wody. Usługi konserwacji i bieżącego serwisu są usługami związanymi z tymi procesami i mieszczącymi się w klasyfikacji PKWiU 36.00.20.0. Do zadań wykonawcy należy zapewnienie stałej dostawy wody, czemu służy szereg obowiązków nałożonych na wykonawcę, w tym usług bieżącego serwisu i konserwacji urządzeń, które mieszczą się w zakresie usług związanych z procesem uzdatniania i dostarczania wody. W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Awator – poza odwołaniem się do nazwy postępowania oraz kodu CPV – nie przedstawił żadnej analizy zakresu usług wyspecyfikowanych w OPZ. Co więcej wykonawca nie wskazał do jakiego grupowania PKWiU zakwalifikował usługi w części 5 i 6 zamówienia, co pozwalałoby na weryfikację prawidłowości decyzji wykonawcy co do stawki VAT 23%.
- Wykonawca K. G. K. – zdaniem Izby wykonawca nie wykazał prawidłowości zastosowanej stawki VAT na poziomie 23% w części 5 i 6 zamówienia w zakresie usługi konserwacji i bieżącego serwisu. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca wskazał wyłącznie, iż przyporządkował roboty do działu 33.14, 33.12 oraz 33.11 PKWiU, bez żadnego wyjaśnienia swojego stanowiska. Klasyfikacja 33.14 odnosi się do urządzeń elektrycznych – wykonawca nie wskazał urządzeń elektrycznych w ramach części 5 i 6 zamówienia, które uzasadniały zastosowanie przyjętej klasyfikacji; klasyfikacja 33.12 odnosi się do się określonych maszyn wymienionych w tym dziale – wykonawca nie wskazał, które to maszyny są objęte przedmiotem zamówienia w części 5 i 6; klasyfikacja 33.11 odnosi się do metalowych wyrobów gotowych – wykonawca nie wykazał, które z elementów zamówienia kwalifikują się do tej grupy. Stanowisko wykonawcy nie zawiera żadnego uzasadnienia dla przyjętej klasyfikacji, a tym samym nie sposób uznać, że wykazał on prawidłowość przyjętej stawki Vat.
- Wykonawca FHPU Fimak J. K. – wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że zastosował stawkę VAT 23% ponieważ nie było podstaw do zastosowania żadnej innej stawki. Wykonawca złożył opinię doradcy podatkowego. W opinii tej wskazano wyłącznie, że usługi objęte przedmiotem zamówienia nie są usługami konserwacyjnymi związanymi z budownictwem mieszkaniowym, a w związku z tym podlegają podatkowaniu stawką VAT 23%. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Po pierwsze, ani w treści wyjaśnień ani w treści opinii nie została zawarta informacja o jakimś kodzie PKWiU zostały przyporządkowane usługi określone przez Zamawiającego w części 5 i 6 zamówienia. Po drugie, wykonawca nie przedstawił żadnej analizy zakresu czynności objętych przedmiotem zamówienia, ograniczając się do nazwy postępowania i użytego przez Zamawiającego opisu „konserwacja”. Jak Izba wskazała powyżej, ustalenie prawidłowej stawki VAT nie może odbywać się wyłącznie poprzez odwołanie się do nazwy postępowania, ale poprzez analizę zakresu obowiązków wykonawcy. Izba ustaliła, że zakres takich obowiązków wskazany w OPZ uzasadnia przyjęcie kwalifikacji 36.00.20.0 oraz 37.00.11.0. Wykonawca nie wykazał prawidłowości stawki VAT 23%.

Podkreślić należy, że stanowiskiem Sądu Najwyższego, że posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia. Nie ma zatem znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert. Co podkreśla Sąd Najwyższy, istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny. Taki błąd został zidentyfikowany przez Odwołującego w ofertach wykonawców PHU Jakar s.c., Granimex W. G. sp. j., Awator sp. z o.o., FHPU Fimak i potwierdzony w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, co skutkowało nakazaniem przez Izbę odrzucenia ofert ww. wykonawców. Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....