

WYROK

z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Barbara Bettman

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Robertą Kozickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Melioracyjnych, zam. ul. Łużycka 65A/8, 74-100 Gryfino** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych, Al. Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin** protestu z dnia 26 stycznia 2010 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Robertą Kozickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Melioracyjnych, zam. ul. Łużycka 65A/8, 74-100 Gryfino** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: **cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy**) z kwoty

1

wpisu uiszczanego przez **Robertą Kozickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Melioracyjnych, zam. ul. Łużycka 65A/8, 74-100 Gryfino**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roberty Kozickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Melioracyjnych, zam. ul. Łużycka 65A/8, 74-100 Gryfino**.

Uzasadnienie

Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Al. Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Obsługę, eksploatację, naprawy bieżące i konserwację 116 sztuk melioracyjnych stacji pomp na terenie województwa zachodniopomorskiego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2009 r., nr 2009/S 223-320541.

Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2010 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 24 stycznia 2010 r.) poinformował wykonawcę Roberta Kozickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Melioracyjnych, zam. ul. Łużycka 65A/8, 74-100 Gryfino, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako w zakresie zadania nr 6, oferty wykonawcy Jacka najkorzystniejszej, Garbarta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Gradient z siedzibą w Piasku 30, 74-520 Cedynia, zwanego dalej „Gradient” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w złożonej ofercie w

2

załączniku nr 3, stanowiącym zestawienie oferowanych cen popełnił błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. (wpływ do Zamawiającego 26 stycznia 2010r.) Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. uznaniu oferty złożonej przez Gradient za najkorzystniejszą,

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż pkt XII ust. 1 SIWZ stanowił, że „Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ceny ryczałtowej, a więc ceny określonej za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie więc, że cena podana w ofercie jest podana prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia”. Z zapisu tego wywodził, że Zamawiający nie miał w ogóle prawa badać prawidłowości skalkulowania elementów cenotwórczych składających się na podaną cenę brutto, w tym także prawidłowości ustalenia stawki podatku VAT.

Podnosił również, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ani w jej załącznikach nie wskazał, jaka konkretnie stawka podatku VAT ma zastosowanie przy pracach objętych przedmiotem zamówienia tj. nie sprecyzował czy jest to stawka 7 %, 22 % czy też może jeszcze inna.

Powołując się na orzecznictwo KIO wywodził, że zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie. Dlatego Zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT to na podatniku (Wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi.

Pismem z dnia 29 stycznia 2010 r. doręczonym Odwołującemu w dniu 2 lutego 2010 roku Zamawiający uznał protest za bezzasadny i w swojej argumentacji za całkowicie chybiony. Wywodził, że przytoczona przez Odwołującego argumentacja mogłaby mieć zastosowanie tylko w przypadku braku jednoznacznych dyspozycji Zamawiającego co do

3

obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku VAT. Podkreślał, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił stawki podatku VAT poprzez określenie w każdym przypadku nr PKWiU. Podnosił, że symbole PKWiU sprecyzował tj. w „Zakresie czynności wyszczególnionych...” stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ oraz w „Zestawieniu oferowanych cen na poszczególne przepompownie” stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Jego zdaniem w SIWZ jednoznacznie określono, że podstawą do obliczenia ceny jest załącznik nr 5 do SIWZ, oraz że podał sposób obliczenia ceny w załączniku nr 3 do SIWZ.

Wypełniony przez Odwołującego załącznik nr 3 został złożony w ofercie jako jej załącznik. Wywodził, że wobec takich zapisów SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wyliczenia ceny ofertowej wg wskazanych przez Zamawiającego załączników do SIWZ. Powołując się na orzecznictwo KIO podnosił także, że Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że zastosowana przez niego stawka podatku VAT jest stawką prawidłową, w sytuacji gdy ciężar udowodnienia faktu, tj. prawidłowości zastosowania stawki VAT w rozpatrywanym przypadku spoczywa na Odwołującym (art. 6 k.c.).

Pismem z dnia 08 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 11 lutego 2010r., data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 11 lutego 2010 r.; wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2010 r.) podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście. Dodatkowo podniósł, że jego zdaniem Wykonawcy nie mieli bezwzględnego obowiązku przedłożenia załącznika nr 3 do SIWZ, stąd nawet jego brak lub ewentualne uchybienia w jego wypełnieniu nie mogłyby skutkować odrzuceniem oferty. Podniósł także, że podane przez Zamawiającego w treści SIWZ kody PKWiU budzą uzasadnione wątpliwości co do ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia i numerami CPV. Z treści podanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i zakresu czynności wchodzących w zakres obsługi i eksploatacji przepompowni melioracyjnych nie wynika, by działania te powinny być kwalifikowane jako „obsługa rolniczych systemów irygacyjnych” (01.41.11-00.40 PKWiU), a nie jako „roboty ogólnobudowlane związane z budową zapór, kanałów, kanałów irygacyjnych i akweduktów” czyli (45.25.12 PKWiU).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

4

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia „obsługa, eksploatacja, naprawy bieżące i konserwacja melioracyjnych stacji pomp” zastosował kody CPV „50511100-1 Usługi w zakresie napraw i konserwacji pomp cieczowych”; 50532100-4 Usługi w zakresie napraw i konserwacji silników elektrycznych; 50532200-5 Usługi w zakresie napraw i konserwacji transformatorów, 79993000-1 Usługi zarządzania obiektami budowlanymi i urządzeniami (s. 1 SIWZ). Zamawiający doprecyzował opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 5 do SIWZ. W pkt I tego załącznika sprecyzowano czynności wchodzące w zakres obsługi i eksploatacji przepompowni melioracyjnych kwalifikując je jako „obsługa rolniczych systemów irygacyjnych” (01.41.11-00.40 PKWiU), natomiast w pkt II załącznika nr 5 Zamawiający opisał czynności wchodzące w zakres napraw bieżących i konserwacji przepompowni melioracyjnych i zakwalifikował je jako „usługi naprawy i konserwacji pomp i sprężarek” (29.12.92-00.00 PKWiU).

Jednocześnie w rozdziale X.8.1 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu” Zamawiający wskazał, iż oferta musi zawierać wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 1). Zgodnie zaś z pkt VI ppkt 2 załącznika nr 1 wykonawcy winni byli załączyć do oferty *zestawienie oferowanych cen na obsługę, eksploatację naprawy bieżące i konserwację melioracyjnych stacji pomp objętych ofertą* tj. załącznik nr 3 do SIWZ. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do oferty, cenę ofertową należało obliczyć poprzez wpisanie w kolumnach 3, 4 i 5 odpowiednio miesięcznej wartości netto, podatku VAT i wartości brutto dla czynności wymienionych w pkt I załącznika nr 5 (tj. obsługa i eksploatacja przepompowni 01.41.11-00.40PKWiU) oraz w kolumnach 6, 7 i 8 - odpowiednio miesięcznej wartości netto, podatku VAT i wartości brutto dla czynności wymienionych w pkt II załącznika nr 5 (tj. naprawa i konserwacja przepompowni 29.12.92-00.00 PKWiU), a następnie tak ustalone wartości brutto zsumować i pomnożyć przez 12 tj. ilość miesięcy świadczenia usługi.

Nadto, w pkt XII.1. SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wskazał, iż *wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ceny ryczałtowej, a więc ceny określonej za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie więc, że cena podana w ofercie jest podana prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia*, zaś w pkt XII.2. SIWZ iż doprecyzowano iż

„cena określona przez wykonawcę w ofercie powinna zawierać należny podatek od towarów i usług (cena brutto) z podaniem wyszczególnienia kwoty bez podatku VAT (netto) oraz kwoty podatku VAT”. Ponadto w § 10 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) Zamawiający przewidział, iż „wynagrodzenie wykonawcy ustalone w wyniku przetargu ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego i nie może podlegać żadnym zmianom, z wyjątkiem podatku VAT”.

5

Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ jaką stawkę podatku VAT do usług objętych przedmiotem zamówienia winni zastosować wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, a potwierdził Odwołujący ręczny dopisek „7%” i „22%”, który znalazł się we wzorze załącznika nr 3 do SIWZ pojawił się w tym załączniku już po otwarciu ofert, wobec czego Izba nie brała tych dopisków pod uwagę przy rozpoznawaniu niniejszego odwołania.

Odwołujący w załączonym do oferty „zestawieniu oferowanych cen na obsługę , eksploatację naprawy bieżące i konserwację melioracyjnych stacji pomp objętych ofertą” (załącznik nr 3) pod pozycjami 1-7 „pompownia Krajnik, Dębina, Mniszki, Marwice, śabnica, śurawie, Krzywin” w kolumnie 4 „Podatek VAT (zł)”, a także w kolumnie 7 „Podatek VAT (zł)” wpisał kwoty, wskazujące na zastosowanie stawki podatku od towarów i usług w wysokości 22%.

Pismem z dnia 23 marca 2010 roku doręczonym do KIO faksem w dniu 23 marca 2010 roku Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu. Wywodził, że wskazana w załączniku nr 3 usługa napraw pomp i innych urządzeń w przepompowni, mieści się w grupie PKWiU 01.41.11.40 – Obsługa rolniczych systemów irygacyjnych. Na potwierdzenie swego stanowiska załączył do pisma opinię Urzędu Statystycznego w Łodzi – Ośrodka Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych z dnia 23.04.2003r., znak: OISK-5672/KU35/32-1906/03. Zgodnie z ww. opinią eksploatacja (obsługa) przepompowni melioracyjnych odprowadzających wodę z terenów polderowych mieści się w grupowaniu: PKWiU 01.41.11-00.40.

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega między innymi odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Stosownie do postanowień art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem m.in. ust. 2. Przepis ust. 2 precyzuje, iż dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W załączniku nr 3 do ustawy, w poz. 135 wymienione zostały jako objęte stawką 7%, m.in. usługi w zakresie obsługi rolniczych systemów irygacyjnych 01.41.11.40.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

6

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona, legitymuje się interesem prawnym o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego jest kwestia zastosowania właściwej stawki podatku VAT do usługi obsługi i eksploatacji przepompowni. Biorąc pod uwagę tę okoliczność w pierwszym rzędzie należy wyjaśnić, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ma uprawnień co do wydawania wiążących opinii w kwestii zastosowania właściwej stawki podatku VAT do określonego rodzaju usług, gdyż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) – uprawnionymi w tym zakresie są organy skarbowe, jednak z uwagi na to, że ustawa

Pzp w art. 89 ust. 1 pkt 6 nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, za jaki uznaje się przyjęcie stawki VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, Izba zobowiązana jest poddać rozpoznaniu zarzuty w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko, iż z „błędem w cenie” mamy do czynienia w sytuacji błędnego zastosowania stawki VAT, np. 7% zamiast 22%, które to stawki powinny być przyjęte przez wykonawcę w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego. (por. „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, red. J. Sadowy, W-wa 2008, s. 118).

W niniejszej sprawie i w oparciu o przedłożone przez Strony dowody Izba uznała, iż Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku od towarów i usług, jednak wyraźnie określił w załączniku nr 3 oraz załączniku nr 5, iż usługa w zakresie napraw pomp i innych urządzeń w przepompowni, mieści się w grupie PKWiU 01.41.11.40 – Obsługa rolniczych systemów irygacyjnych, zaś usługa w zakresie naprawy i konserwacji przepompowni - w grupie PKWiU 29.12.92-00.00. Zamawiający był uprawniony do takiego określenia, gdyż dysponował wydaną dla niego opinią Urzędu Statystycznego w Łodzi – Ośrodka Interpretacji Standardów Klasyfikacyjnych z dnia 23.04.2003r., znak: OISK-5672/KU35/32-1906/03, która wskazuje prawidłowość takiego grupowania.

Izba zwraca również uwagę, że interpretacja klasyfikacji statystycznej Urzędu Statystycznego wydana w myśl art. 25 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 ustawy z 1995 r. o statystyce

7

publicznej, dołączona do pisma Zamawiającego z dnia 23 marca 2010r. wprowadzić nie jest wiążąca zarówno dla organu podatkowego, jak i podatnika, jednak nie można jej pozbawić waloru środka dowodowego podlegającego ocenie w danej sprawie (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 marca 2004 r. sygn. III SA 2864/02).

W świetle powyższego Izba uznała, że Zamawiający dołożył należytej staranności, podając w SIWZ dane, które umożliwiały wykonawcom podjęcie zgodnej z przepisami prawa podatkowego decyzji co do wyceny usługi. Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO treść SIWZ powinna być uwzględniona przez wykonawców przy sporządzeniu oferty, a ewentualne niezgodności, sprzeczności, czy też niespójności oprotestowane we właściwym czasie (por. wyrok Izby z dnia 5 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP 95/09). Tymczasem Odwołujący przed otwarciem ofert nie kwestionował treści załącznika nr 3 ani załącznika nr 5 do SIWZ.

Powoływany przez Odwołującego na poparcie jego twierdzeń pkt XII.1. SIWZ „wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ceny ryczałtowej, a więc ceny określonej za cały przedmiot zamówienia. Zamawiający przyjmie więc, że cena podana w ofercie jest podana prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia” zdaniem Izby nie przesądza, iż Zamawiający zobowiązany był przyjąć jako prawidłową ofertę z ceną brutto obliczoną niezgodnie z przepisami prawa podatkowego. Izba zwraca uwagę, iż powołany wyżej zapis SIWZ jest zbliżony w swym brzmieniu do treści przepisu art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z 4 września 2008r. Przepis ten nakazywał uznanie, że prawidłowo podano cenę ryczałtową brutto bez względu na sposób jej obliczenia. W orzecznictwie dotyczącym tego przepisu przyjmowano jednak, iż jego dyspozycją nie są objęte omyłki, polegające na przyjęciu stawki podatku VAT niezgodnie z przepisami prawa podatkowego, które to omyłki były kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. (por. wyrok KIO z 15 lipca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 668 /08; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30 września 2005 roku, sygn. akt II Ca 1063/05).

Za prawidłowością takiej interpretacji pkt XII.1. SIWZ zdaniem Izby przemawia także brzmienie pkt XII.2. SIWZ, gdzie doprecyzowano iż „cena określona przez wykonawcę w ofercie powinna zawierać należny podatek od towarów i usług (cena brutto) z podaniem wyszczególnienia kwoty bez podatku VAT (netto) oraz kwoty podatku VAT”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż oferta ta jest obarczona błędem w obliczeniu ceny.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....