

WYROK
z dnia 22 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Renata Tubisz
Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 10 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Zakłady Usługowe „EZT” S.A, 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, 41-303 Dąbrowa Górnicza, ul. Tysiąclecia 20**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, 41-303 Dąbrowa Górnicza, ul. Tysiąclecia 20
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez **Zakłady Usługowe „EZT” S.A, 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 11.394 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, 41-303 Dąbrowa Górnicza, ul. Tysiąclecia 20** na rzecz **Zakłady Usługowe „EZT” S.A, 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KIO 2658/10

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych z siedzibą w Dąbrowie Górniczej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są „Usługi utrzymania czystości w budynkach i na terenach Gminy Dąbrowa Górnicza administrowanych przez Miejski Zarząd Budynków

Mieszkalnych.

Pismem z dnia 3 grudnia 2010 r., przesłanym faksem w dniu 6 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wojciecha Skóry prowadzącego działalność pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane Wojciech Skóra z siedzibą w Sosnowcu. Tym samym pismem zamawiający poinformował o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy Zakłady Usługowe „EZT” S.A. z siedzibą w Sosnowcu. Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej ustawa p.z.p., podnosząc, iż oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny gdyż w ofercie błędnie przyjęto 7 % stawkę podatku VAT dla usługi „sprzątanie dachów kostek handlowych”, która winna wynosić 22%.

Od powyższych czynności, w dniu 10 grudnia 2010 r. odwołanie złożył wykonawca Zakłady Usługowe „EZT” S.A. z siedzibą w Sosnowcu zarzucając zamawiającemu „(...) naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z pozycją 153 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego bez wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przyjętej 7%-owej stawki podatku VAT na skutek wadliwej wykładni przepisów o podatku od towarów i usług i bezpodstawnego przyjęcia, że usługi wskazane w załączniku nr 7 do oferty obciążone są 22%-ową stawką podatku VAT a nie stawką 7%-ową.”. Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Usługi Remontowo-Budowlane Wojciech Skóra z siedzibą w Sosnowcu,
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu wskazał, iż to wykonawca ustalając cenę realizacji zamówienia zobowiązany jest do prawidłowego obliczenia należnego podatku VAT. „(...) Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - Wykonawcy, to ciąży na nim

również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Zatem to wystawca, a nie odbiorca faktury decyduje o wysokości stawki i ponosi tego konsekwencje. Organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika w ww. zakresie jest, zgodnie z art. 281 § 1 ustawy ordynacja podatkowa, organ podatkowy pierwszej instancji. Z kolei uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest, zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa, Minister Finansów. Wobec powyższego, nie ma podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT. Zamawiający zobowiązany jest zatem przyjąć oferty bez względu na wysokość zastosowanych do obliczenia ceny stawek. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która stawka, w jego ocenie jest właściwa.”.

Niezależnie od powyższego odwołujący podnosił, że zastosowana przez niego 7 % stawka podatku VAT jest prawidłowa i zgodna z przepisami prawa. Wskazywał, iż „(...) Załącznik nr 7 zawiera trzy rodzaje czynności opisane w kolumnie „Wyszczególnienie” a mianowicie: sprzątanie terenów zewnętrznych, koszenie i sprzątanie dachów kostek handlowych, z czym koresponduje treść Załącznika nr 8 pkt. 7 do umowy -której wzór stanowi element SIWZ – wskazująca, że przedmiotem usług ma być: „sprzątanie terenów zewnętrznych budynku w tym chodników, podwórek placów gospodarczych, bram, przejść, parkingów, dachów kostek handlowych.” Takie zapisy wskazują, że czynności objęte Załącznikiem nr 7 wbrew umieszczonemu nad tabelą tytułowi, będą wykonywane wyłącznie na zewnątrz budynków a więc i na zewnątrz lokali. W tej sytuacji zgodnie z treścią pozycji 153 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zawierającego „wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%” wynagrodzenie za usługi objęte Załącznikiem nr 7 do oferty obciążone są właśnie taką stawką podatku.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Miasto Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych z siedzibą w Dąbrowie Górniczej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są „Usługi utrzymania czystości w budynkach i na

terenach Gminy Dąbrowa Górnicza administrowanych przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 listopada 2010 r. pod numerem 357726.

Zgodnie z rozdziałem 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia obejmował utrzymanie czystości w budynkach gminnych i na terenach do nich przyległych tj. budynkach wielorodzinnych i lokalach użytkowych wraz z placami

gospodarczymi. Zgodnie z pkt 1 rozdziału 3 SIWZ zakres usług, powierzchnię oraz lokalizację nieruchomości objętych zamówieniem określały załączniki nr 2, 3, 4, 5, 6, 7 do SIWZ. Natomiast zakres obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy określony został w załączniku nr 8 do SIWZ i jednocześnie stanowił on załącznik do umowy. Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ przedmiotem zamówienia było również sprzątanie dachów kostek handlowych. Zgodnie z zakresem obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ ustalono następujący zakres wykonywania prac porządkowych wewnątrz i na zewnątrz budynków: „(...) 7. *Sprzątanie terenów zewnętrznych budynków w tym chodników, podwórek, placów gospodarczych, bram, przejść, parkingów, dachów kostek handlowych.*”

Izba ustaliła również, iż do upływu terminu składania ofert wpłynęło 7 ofert. Ranking ofert przedstawiał się następująco:

- 1) DSM Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej – 329,123,45 zł
- 2) Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu – 373.433,88 zł
- 3) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. z siedzibą w Sosnowcu – 182.832,78 zł
- 4) Zakład Oczyszczania Miasta Zbigniew Strach, z siedzibą w Korzonku – 720.205,85 zł
- 5) Zakład Ogólnobudowlany Malarski i Porządkowy, Cezary Kołada z siedzibą w Opolu – 350.395,17 zł
- 6) Danhen Bartnicka Danuta z siedzibą w Dąbrowie Górniczej – 346.098,58 zł
- 7) Skóra Wojciech, Usługi Remontowo-Budowlane z siedzibą w Sosnowcu – 260.445,92 zł.

Izba ustaliła również, iż następujący wykonawcy przy obliczaniu wynagrodzenia za wykonanie usługi określonej w załączniku nr 7 do SIWZ, poz. 3 „sprzątanie dachów kostek handlowych” zastosowali 7% stawkę podatku VAT:

- 1) DSM Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej
- 2) Zakłady Usługowe „EZT” S.A. z siedzibą w Sosnowcu,
- 3) Zakład Oczyszczania Miasta Zbigniew Strach, z siedzibą w Korzonku,
- 4) Zakład Ogólnobudowlany Malarski i Porządkowy, Cezary Kołada z siedzibą w Opolu.

Pismem z dnia 3 grudnia 2010 r. przesłanym wykonawcom faksem w dniu 6 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Wojciecha Skóry prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane, Wojciech Skóra z siedzibą w Sosnowcu. Jednocześnie zamawiający

poinformował o ofertach odrzuconych w tym o odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. oferty odwołującego.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż

w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. Izba uznała zarzut ten za zasadny. Skład orzekający nie uznał za udowodnione twierdzenie o złożeniu przez odwołującego oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny gdyż przy tak sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia (sprzątanie dachów kostek handlowych) odwołujący prawidłowo sklasyfikował w/w usługę przyjmując stawkę podatku VAT w wysokości 7 %. Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Zgodnie z w/w załącznikiem nr 3 pod pozycją 153 jako objęte 7% stawką podatku VAT sklasyfikowano usługi w zakresie gospodarki ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne (symbol PKWiU – 90.0). Dział 90 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. Nr 42, poz. 264 ze zm.), którą zgodnie z § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 ze zm.) do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług stosuje się do dnia 31 grudnia 2010 r., obejmuje m.in. oczyszczanie ulic, placów i innych terenów. Mając na względzie powyższe, sprzątanie dachów kostek handlowych należało sklasyfikować, jako usługi mieszczące się w dziale 90.0 PKWiU jak słusznie uczynił to odwołujący pod symbolem 90.00.30-00. Oczyszczanie dróg kołowych, ulic, placów i innych terenów, usuwanie śniegu i lodu. Za słusznością takiego stanowiska przemawia również sporządzony przez zamawiającego zakres obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy (zał. nr 8 do SIWZ), zgodnie z którym do obowiązków wykonawcy należy: „(...) 7. Sprzątanie

terenów zewnętrznych budynku w tym chodników, podwórek, placów gospodarczych, bram, przejść, parkingów, dachów kostek handlowych. (...) 14. Usuwanie śniegu z dachów kostek handlowych po ustaleniu z Kierownikiem ADM.”. Nie sposób w tym miejscu zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, iż usługę sprzątania dachów kostek handlowych należało sklasyfikować pod pozycją 74.70.16-00 jako usługi sprzątania i czyszczenia obiektów, pozostałe.

Biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu aż czterech z siedmiu wykonawców przy obliczaniu ceny usługi sprzątania dachów kostek handlowych zastosowało preferencyjną 7 % stawkę VAT zamawiający mógł powziąć uzasadnioną wątpliwość czy właściwa jest stawka 7 % czy też 22%. Izba stoi na stanowisku, iż rolą zamawiającego było bowiem ustalenie właściwej stawki podatku VAT, gdyż bez ustalenia powyższego nie można było prawidłowo porównać złożonych ofert. W ocenie Izby, Zamawiający winien był skorzystać z uprawnienia, jakie daje mu art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. i wyjaśnić treść ofert w zakresie stawki VAT przyjętej dla usługi sprzątania dachów kostek handlowych. W tym miejscu należy również wskazać, iż sam zamawiający dokonując badania i oceny ofert miał wątpliwości, zarówno co do klasyfikacji w/w usługi wg PKWiU jak też prawidłowej stawki VAT. Komisja przetargowa powołana do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania zwróciła się do głównego księgowego zamawiającego o wyjaśnienie powyższych kwestii (pismo z dnia 10.12.2010 r.). W odpowiedzi z dnia 10 grudnia 2010 r. główny księgowy zamawiającego wskazał, iż „(...) w załączniku nr 8 do umowy jest nieprawidłowo sformułowany zakres prac zarówno w punkcie 7 jak i 14. Z punktów tych nie wynika jednoznacznie, aby czynności te mogły mówić o stawce VAT 22%.”.

Izba wskazuje, iż w niniejszej sprawie, pomimo że część wykonawców dla usługi sprzątania dachów kostek handlowych zastosowała stawkę 7% podatku VAT a część stawkę 22 % podatku VAT, zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu ustalenie podstaw prawnych zastosowania powyższych stawek podatku VAT. Izba zgadza się z odwołującym, iż zamawiający nie jest organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT, jednakże nie zwalnia go to z obowiązku respektowania przepisów ustawy p.z.p., a tym samym ustalenia, jakie jest prawidłowa stawka podatku VAT. Niedokonanie takiej czynności spowodowało, iż wykonawcy stosujący różne stawki podatkowe traktowani byli jednakowo, a skutkiem jej niedokonania jest naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. Powyższe uzasadnia również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p.

Mając na względzie powyższe, Izba uznała, iż odwołujący nie popełnił błędu w obliczeniu ceny gdyż za taki można byłoby uznać jedynie takie obliczenie ceny, które oparte byłoby na niewłaściwych danych do jej obliczenia w tym przyjęcia błędnej stawki podatku VAT. Skoro zastosowana dla usługi sprzątania dachów kostek handlowych stawka podatku

VAT na poziomie 7 % jest właściwa to nie sposób mówić o błędzie w obliczeniu ceny.

Na marginesie Izba za utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż „(...) nie znajduje uzasadnienia twierdzenie odwołującego, iż skoro zamawiający nie zawarł w siwz wskazówek, co do stawki VAT, którą należy przyjąć, to nie może oceniać prawidłowości przyjętych stawek. Wskazać należy, że zamawiający nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT. Stawka podatku VAT powinna być przyjęta przez wykonawcę w wysokości, która wynika z przepisów prawa podatkowego. (...) Błędne wskazanie obowiązującej stawki VAT, w tym przyjęcie innej stawki niż ta, którą objęty jest przedmiot zamówienia nadający zamówieniu zasadniczy charakter i przyjęcie jej do kalkulacji ceny oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Błąd ten nie podlega poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Nie jest to omyłka lecz błąd istotny co do okoliczności faktycznych, w postaci przyjęcia nieprawidłowego elementu mającego wpływ na właściwe obliczenie ceny. (...) Zamawiający ma obowiązek badania w ofertach prawidłowości stawki podatku VAT przyjętej do obliczenia ceny, ze względu na obowiązek zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania przepisów prawa, w tym prawa podatkowego.” (KIO/UZP 1771/09).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....