

WYROK
z dnia 18 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2016 r. przez R. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Melioracyjnych R. K.” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie,

przy udziale:

- A. D. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Drew-Kos D. R.”, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. P. Ł., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne P. Ł.” zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża R. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Melioracyjnych R. K.” i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R. K.,

 prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Melioracyjnych R. K.” tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od R. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Melioracyjnych R. K.” na rzecz Województwa Zachodniopomorskiego - Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Szczecinie

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa kompleksowa - eksploatacja obsługa i konserwacja urządzeń melioracji wodnych podstawowych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków naturalnych na terenie województwa zachodniopomorskiego” z podziałem zamówienia na części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 210-381914 z dnia 29 października 2016 r.

W dniu 21.12.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 29.12.2016 r. R. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Melioracyjnych R. K.” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania w części nr 6 zamówienia – TO Gryfino.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i odrzucenie jego oferty jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny w sytuacji, gdy zamawiający wybrał ofertę z nieprawidłową stawką VAT.
2. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, gdy zamawiający tak

3

opisał przedmiot zamówienia, z którego wynika, że zgodnie z prawem podatkowym należy zastosować stawkę VAT 8%.

3. Art. 91 ust. 1 ustawy poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne P. Ł..

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego wykonawcy zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w odniesieniu do wskazanego w SIWZ zakresu prac.

Rozstrzygnięcie zamawiającego jest błędne, sprzeczne z prawem i jako takie nie może się ostać.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że jest to zamówienie cykliczne i w latach poprzednich zamawiający stosował stawkę VAT w wysokości 8 %, przy takim samym opisie zakresu prac zamówienia, a odrzucał oferty ze stawką VAT w wysokości 23%. W tym roku zrobił odwrotnie, co nie ma odniesienia do obowiązujących przepisów Prawa Podatkowego.

Zamawiający opisał zamówienie za pomocą kodów CPV o numerach 79993000-1 (usługi zarządzania obiektami budowlanymi i urządzeniami), 90500000-2 (usługi związane z odpadami) oraz 77310000-6 (usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych).

Zamówienie opisane w ten sposób przekłada się na kody PKWiU 01.61.10.0 Oraz 81.30.10.0. Prace opisane za pomocą tych kodów znajdują się w załączniku

4

numer 3 ustawy o VAT (pozycja 135 i 176) i podlegają opodatkowaniu w wysokości 8%. Określając stawkę VAT kierowałem się przepisami prawa podatkowego jak też interpretacjami Izby Skarbowych dotyczącymi innych wykonawców wykonujących tego

typu usługi. Sygnatura IPPP/443- 817/12-2/JL, 1PPP 1/443-493/11-6/1Sz, ILPP/443-1406/11-3/AD, ITPP 1/443-1309/1I/KN,

ITPP 1/4512-15/15/JP, ILPP/443-780/13-2/MN, 1LPP 2/443-109/12-2/MN.

Wzięto również pod uwagę zamówienia o podobnym charakterze i opisie przedmiotu zamówienia w Wielkopolskim Zarządzie Melioracji i urządzeń wodnych w Poznaniu (ROEUM- 3520/2P/2016- utrzymanie cieków naturalnych istotnych dla regulacji stosunków wodnych na potrzeby rolnictwa i urządzeń melioracji podstawowych w 2016 roku.

Zamówienie to jest opisane za pomocą kodu CPV 77310000-6 i zamawiający określił stawkę VAT w wysokości 8% zakres prac jest tożsamy z zamówieniem, na które została złożona moja oferta, przy kalkulacji stawki wzięto również pod uwagę orzeczenia KIO (700/13), w którym zostaje uwzględnione odwołanie wykonawcy przy zastosowanej stawce VAT 8% przy pracach opisanych za pomocą PKWiU 81.30.10.0, Tam również była sytuacja, gdy zamawiający w poprzednich latach stosował stawkę 8%, a później przy tym samym opisie zamówienia z niewiadomych przyczyn zmienił na 23%. Wzięto również pod uwagę interpretację indywidualną wystawioną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (ITPP 1/4512-216/16/BK), o którą wystąpił zamawiający. W pytaniu 4 zamawiający zwraca się z pytaniem „czy prawidłowym jest zastosowanie stawki VAT 8% dla zadań częściowych wchodzących w skład zamówienia pod nazwą pn. eksploatacja, obsługa i konserwacja urządzeń melioracji podstawowych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków, które mieszczą się w grupowaniu 01.61.10.0 lub 81.30.10.0 i zamawiający otrzymał odpowiedź twierdzącą oraz w pytaniu 6 czy prawidłowym jest zastosowanie 8% stawki podatku VAT dla zadania obejmującego usuwanie tam bobrowych wykonywanych na odrębne zlecenie mieszczących się w grupowaniu 81.30.10.0 oraz 01.61.10.0 i również otrzymał odpowiedź twierdzącą.

Wyżej wymienione zamówienie zostało określone, jako usługa kompleksowa. W tej sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy i o jej istocie, a zarazem o wysokości stawki VAT powinna przesadzać czynność główna i należy stosować

5

przepisy dla tego przedmiotu zamówienia, którego wartość jest wyższa, co ma miejsce w Moim przypadku.

Główną częścią zamówienia, na które została złożona oferta odwołującego wykonawcy jest rozbiórka tam bobrowych oraz wywóz nieczystości wydobytych z dna cieków. Czynności te jak wskazuje sam zamawiający zgodnie z interpretacją indywidualną wydaną dla zamawiającego przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (ITPP 1/4512-216/16/BK) są opodatkowane stawką VAT 8%.

Zastosowanie stawki VAT w wysokości 23% ma uzasadnienie dla zadań częściowych 12(Stargard I oraz 13 Stargard II) gdzie w opisie przedmiotu zamówienia znajduje się kod CPV 45246000-3 co przekłada się na PKWiU 42.21.23.0. dla pozostałych zadań stawka podatku VAT powinna wynosić 8%f Biorąc pod uwagę powyższe uważam że zastosowana przez moją firmę stawka podatku VAT w wysokości 8% jest prawidłowa i zgodna z obecnie obowiązującymi przepisami skarbowymi.

Zaliczenie czynności lub interpretacja niezgodna z danymi w specyfikacji jest wprowadzeniem wykonawcy w błąd, czego ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie dopuszcza. [...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Na podstawie ww. przepisu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, iż jego przedmiot zamówienia winien być opodatkowany stawką podstawową VAT, zamiast przewidywanej w ofercie stawki preferencyjnej.

Według dwóch jednobrzmiących, podjętych w dniu 20 października 2011 r., uchwał Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11) określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc powyższe do zastanego przedmiotu zamówienia, a więc i przedmiotu oferty, utożsamianego z przedmiotem opodatkowania, Izba uznała, iż prawidłową stawką VAT jest stawka 23%, a tym samym oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Przedmiot zamówienia stanowią w tym przypadku kompleksowe usługi utrzymania cieków wodnych polegające na obsłudze i konserwacji urządzeń wodnych oraz usuwania roślinności i tam bobrowych.

Izba podzieliła dokonaną przez Zamawiającego klasyfikację statystyczną zamawianych usług do grupy PKWiU 42.21.23.0 „Roboty ogólnobudowlane związane z budową systemów irygacyjnych (kanałów), magistrali i linii wodociągowych, obiektów uzdatniania wody i oczyszczania ścieków oraz stacji pomp”.

Powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku Urzędu Statystycznego w Łodzi (pismo z dnia 2 lutego 2016 r. przedłożone przez Zamawiającego), który taką klasyfikację w odniesieniu do przedmiotu zamówienia potwierdził oraz wskazał, że „Zgodnie z zasadami PKWiU usługa kompleksowa, składająca się z kombinacji różnych czynności, powinna być klasyfikowana jako usługa, która nadaje całości zasadniczy charakter”.

Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (PKWiU 81.30.12.0) oraz usługi wspomagające produkcję roślinną (PKWiU 01.61.10.0), które również występują w ramach zastanego przedmiotu zamówienia, byłyby klasyfikowane w ten sposób jedynie w przypadkach ich odrębnego zlecenia.

W oparciu o powyższą klasyfikację Zamawiający uzyskał indywidualną interpretację podatkową wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy w dniu 12 lipca 2016 r. (ITTP1/4512-216/16/BK) odnoszącą się do jego przedmiotu zamówienia, w której potwierdzono, iż prawidłową stawką podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 6 jest stawka podstawowa.

Usługi klasyfikowane w grupowaniu PKWiU 42.21.23.0 nie zostały wymienione w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r. poz. 710) oraz przepisach wykonawczych do tej ustawy, jako korzystające z obniżonej stawki VAT, tym samym zastosowanie znajdzie stawka podstawowa.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, co do zakwalifikowania zastanego przedmiotu zamówienia jako jednego świadczenia złożonego podlegającego łącznemu opodatkowaniu, a nie jako odrębnie opodatkowywane świadczenia, z których część mieści się w grupowaniach umożliwiających stosowanie stawki preferencyjnej.

Podatkowe interpretacje indywidualne powoływane przez Odwołującego nie dotyczą bezpośrednio ocenianego przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając jedynie koszty, których poniesienie potwierdzono w sposób, o którym mowa w ww. przepisie.

.....

8

9