

**WYROK**

**z dnia 7 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2013 r. przez **Tomasza Z.ego, prowadzącego działalność pod firmą TOMMAX Tomasz Z. w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Olsztynie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Tomasza Z.ego, prowadzącego działalność pod firmą TOMMAX Tomasz Z. w Białymstoku** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tomasza Z.ego, prowadzącego działalność pod firmą TOMMAX Tomasz Z. w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie** na rzecz **Tomasza Z.ego, prowadzącego działalność pod firmą TOMMAX Tomasz Z. w Białymstoku**

kwotę **11 434 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta trzydzieści cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 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 **Olsztynie**.

.....

**Sygn. akt: KIO 2468/13**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę prowadzenia dyżurów zimowego utrzymania dróg wojewódzkich w sezonach zimowych 2013/2014, 2014/2015 w siedzibie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Elblągu oraz podległych obwodach drogowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 października 2013 roku wykonawca Tomasz Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOMMAX Tomasz Z. w Białymstoku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie w stosunku do odwołującego i odrzucenie oferty w sytuacji gdy oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.
- 2) art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego z powstępowania w sytuacji gdy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego zastosowana przez odwołującego stawka podatku od towarów i usług jest zgodna z art. 41 ust 2 ustawy o podatku od towarów i usług (w związku z pozycją 174 załącznika nr 3 do ustawy);

Mając na względzie powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia odwołującego
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W zakresie obowiązków dowodowych odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów na okoliczność ustalenia właściwego kodu PKWiU dla usługi stanowiącej przedmiot

zamówienia, a co za tym idzie ustalenia właściwej stawki w podatku od towarów i usług, dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia;

2) wystąpienie za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej do Głównego Urzędu Statystycznego w Warszawie (Urząd Statystyczny w Łodzi Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur, ul Suwalska 29, 93-176 Łódź ) celem uzyskania stanowiska odnośnie kodu PKWiU dla usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania to jest usługi prowadzenia dyżurów zimowego utrzymania dróg wojewódzkich.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż na etapie zadawania pytań do treści SIWZ, wskazał zamawiającemu, iż w treści specyfikacji nałożona została stawka podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Zdaniem odwołującego zamawiający nie powinien narzucać wykonawcom stawki podatku od towarów i usług, o czym odwołujący poinformował zamawiającego. W wyniku powyższej aktywności odwołującego zamawiający podjął decyzję w przedmiocie zmiany treści SIWZ, w taki sposób, iż wykonawca zobligowany był do wstawienia stawki podatku od towarów i usług zgodnej z obowiązującymi normami prawa.

W dniu 16.10.2013r zamawiający doręczył odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp publicznych, faktyczne uzasadnienie ograniczyło się do podania, iż odwołujący podał nieprawidłową stawkę podatku VAT.

W ocenie odwołującego powyższa czynność zamawiającego narusza postanowienia ustawy Pzp oraz ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący wskazał, że dla zastosowania stawek w podatku od towarów i usług, istotne jest przyporządkowanie danej usługi do kodu PKWiU (polskiej klasyfikacji wyrobów i usług). W powyższym zakresie odwołujący stoi na stanowisku, iż kodem właściwym dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia jest kod 81.29.12.0 „usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Powyższe oznacza, iż zgodnie z art. 41 ust 2 ustawy o podatku od towarów i usług w związku z pozycją 174 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług przesądza o zastosowaniu stawki VAT w wysokości 8%. Powyższe twierdzenia odwołującego podparte są posiadaną przez odwołującego interpretacją indywidualną, uzyskaną w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą odwołującego w sprawie ITPP1/443-393/13/KM. Interpretacja dotyczyła zdarzeń przyszłych związanych z

wykonywaniem przez odwołującego usług polegających na pełnieniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg.

W przedmiotowej interpretacji odwołujący przedstawił, iż bierze udział w postępowaniach o uzyskanie zamówienia publicznego na usługi „Prowadzenia dyżurów zimowego utrzymania dróg”, „koordynacji przy zimowym utrzymaniu dróg”, „kierowania pracami przy zimowym utrzymaniu dróg”, w ramach których wykonywane są między innymi następujące czynności:

- monitorowanie sytuacji na drogach
- monitorowanie prognozy pogody
- monitorowanie pracy sprzętu
- udzielanie informacji o sytuacji i warunkach przejezdności na drogach

Usługi powyższe mieszczą się również w przedmiocie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Interpretacja na którą powołuje się odwołujący została wydana w związku z faktem, iż odwołujący składa oferty w postępowaniach dotyczących usług tożsamyh w stosunku do niniejszego postępowania w celu uzyskania jednolitego stanowiska dla danego rodzaju usług oraz zastosowania zgodnej z przepisami prawa stawki podatku VAT.

Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby odwoławczej z dnia 08.10.2012r w sprawie KIO 2040/12, z dnia 14.02.2012 w sprawie KIO 203/12.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego nie wskazał, jaki kod PKWiU przypisuje usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, zaś określony w SIWZ kod wspólnego słownika CPV został wskazany jako 93.30.00.00-6. W powyższym zakresie można się jedynie domyślać, iż zamawiający miał na myśli kod 98.30.00.00-6 - różne usługi, W drzewie kodów CPV pod kodem 98.30.00.00-6 są zawarte następujące usługi:

- 98300000-6 Różne usługi
- +98310000-9 Usługi prania i czyszczenia na sucho
- +98320000-2 Usługi fryzjerskie oraz dotyczące Pielęgnacji urody

+98330000-5 Usługi zapewnienia komfortu fizycznego

+98340000-8 Usługi miejsc noclegowych oraz biur

+98350000-1 Usługi świadczone na rzecz społeczeństwa

-98351000-8 Usługi zarządzania parkingami

-98351100-9 Usługi parkingowe

98351110-2 Usługi zapewniania miejsc parkingowych

+98360000-4 Usługi morskie

+98370000-7 Usługi pogrzebowe i podobne

98380000-0 Usługi psiarni

-98390000-3 Inne usługi

98391000-0 Usługi wycofania z eksploatacji

98392000-7 Usługi relokacji

98393000-4 Usługi krawieckie

98394000-1 Usługi tapicerskie

98395000-8 Usługi ślusarskie

98396000-5 Usługi strojenia instrumentów

Z uwagi na fakt, iż żadna z powyższych grup nie pasuje do usługi polegającej na pełnieniu dyżurów zimowego utrzymania dróg wojewódzkich odwołujący zastosował się do posiadanych dokumentów wydanych przez uprawnione organy. Usługę pełnienia dyżurów zimowego utrzymania dróg odwołujący zakwalifikował jako usługę zamywania śmieci i usuwania śniegu znajdująca się pod kodem PKWiU 81.29.12.0. Tym samym zaoferowana przez odwołującego stawka podatku od towarów i usług w wysokości 8% jest stawką właściwą, a co za tym idzie zamawiający wadliwie zastosował w stosunku do odwołującego art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązkami wykonawcy będą m.in. znajomość organizacji i zasad pracy jednostek sprzętowych oraz ich rozmieszczenie na sieci dróg w danej chwili, prowadzenie książki pracy sprzętu, zbieranie i zapisywanie danych (meldunków) o sytuacji pogodowej i pracy sprzętu na drogach od osób dyżurujących w Obwodach Drogowych oraz przekazywanie meldunków telefonicznie i drogą elektroniczną, o określonych porach do ZDW w Olsztynie, przekazywanie na bieżąco aktualnych informacji i zaleceń dyżurnym w Obwodach Drogowych itp.

Zamawiający w SIWZ podał stawkę podatku VAT, jaką należało zastosować w tym postępowaniu w wysokości 23%. Odwołujący w drodze zadawanych pytań wystąpił o usunięcie 23% stawki podatku VAT. Zamawiający poinformował, że usuwa z SIWZ wartość stawki podatku VAT pozostawiając wolne miejsce.

Odwołujący złożył ofertę, w której zastosował stawkę VAT w wysokości 8%. Zamawiający poprawił VAT na 23% na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wyraził zgody na dokonaną poprawę.

W dniu 21 października 2013 roku zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący złożył jako dowód w sprawie wnioski z dnia 28 listopada 2011 roku o nadanie symbolu klasyfikacyjnego PKWiU. We wniosku wskazał, iż dotyczy on świadczenia usługi polegającej na pełnieniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu sieci dróg krajowych w siedzibie obwodów krajowych w sezonie 2011/2012, administrowanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie. Wymienił przy tym obowiązki osób pełniących dyżury.

Pismem z dnia 8 grudnia 2011 roku Urząd Statystyczny w Łodzi udzielił odpowiedzi, iż zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU),

wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 roku (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 ze zmianami), wymieniona w piśmie kompleksowa usługa polegająca na pełnieniu dyżurów przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych, mieści się w grupowaniu PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Urząd poinformował również, że służby statystyki publicznej, zgodnie z postanowieniem art. 25 i 40 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 roku o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 ze zmianami), są uprawnione jedynie do interpretowania obowiązujących standardów klasyfikacyjnych, co oznacza pomoc zainteresowanym podmiotom w wyborze grupowania określonego wyrobu lub usługi, którego zaklasyfikowanie leży w gestii samego producenta lub usługodawcy.

Ponadto odwołujący złożył do akt Interpretację indywidualną z dnia 19 lipca 2013 roku wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, z której wynika, iż stanowisko przedstawione we wniosku z dnia 22 kwietnia 2013 roku, uzupełnionym w dniu 15 lipca 2013 roku o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego, dotyczącej podatku od towarów i usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg, jest prawidłowe.

W uzasadnieniu interpretacji wskazano, że w złożonym wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej przedstawiono następujące zdarzenia przyszłe: Odwołujący świadczy usługi na rzecz jednostek budżetowych w zakresie nazywanym jako „Pełnienie dyżurów zimowego utrzymania dróg”, „Prowadzenie dyżurów zimowego utrzymania dróg”, „Koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg”, „Kierowanie pracami przy zimowym utrzymaniu dróg”. W ramach tych czynności wykonywane są czynności polegające na:

- monitorowaniu sytuacji na drogach,
- wysyłaniu odpowiedniego sprzętu (pług, piaskarki, solarki) do usuwania śniegu, lodu i zwalczania gołoledzi,
- powiadamianiu dysponentów sprzętu o konieczności wyjazdu na drogi,
- kontroli wykonanych prac w terenie, sporządzaniu meldunków, sprawozdań dla zamawiającego oraz służb (tj. straż pożarna, Policja).

W postępowaniu przetargowym na „Pełnienie dyżurów zimowego utrzymania dróg”, „Prowadzenia dyżurów zimowego utrzymania dróg”, „Koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg”, „Kierowanie pracami przy zimowym utrzymaniu dróg”, zamawiający nie zamieszcza informacji dotyczącej stawki od towarów i usług.

W zakres ww. usług wchodzi takie czynności, jak:



- monitorowanie sytuacji na drogach,
- wysyłanie odpowiedniego sprzętu (pługi, piaskarki, solarki, zamiatarki) do usuwania śniegu, zwalczania gołoledzi,
- wydawania dyspozycji i poleceń obsłudze jednostek sprzętowych do rozpoczęcia prac,
- zarządzanie sprzętem, do zimowego utrzymania dróg – wysyłanie sprzętu na drogi,
- kontrola wykonywanych prac, sporządzanie meldunków i sprawozdań,
- udzielanie informacji o sytuacji i warunkach przejezdności na drogach,
- prowadzenie dokumentacji związanej z obsługą zimowego utrzymania dróg”.

We wniosku odwołujący stwierdził, iż jego zdaniem stawka podatku VAT powinna wynosić 8% (numer PKWiU dla opisanego rodzaju działalności to 81.29.12.0).

Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi potwierdził, iż stanowisko to jest prawidłowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wywołał, iż uznaje za poprawną stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Podnosił, iż w przypadku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia występuje jedynie zbieżność nazwy z nazwami zamówień przedstawionych we wniosku o interpretację. W jego ocenie zakres zamówienia nie pokrywa się w pełni z zakresem przedstawionym przez wnioskującego oraz nie obejmuje większości czynności wskazanych we wniosku o interpretację Ministra Finansów. Zamawiający stwierdził, iż nie można przyjąć opinii Ministra Finansów jako wiążącej w przypadku zamówienia obejmującego tylko jedną, tożsamą z wymienionymi w pkt. 2 czynność, tj. udzielanie informacji o sytuacji i warunkach przejezdności na drogach. Dodatkowe czynności takie jak:

- monitorowanie sytuacji na drogach (wymieniona we wniosku o interpretację),
- prowadzenie dokumentacji związanej z obsługą zimowego utrzymania dróg,
- monitorowanie prognozy pogody,
- monitorowanie pracy sprzętu

ze względu na odmienny charakter zamówienia, pełnienie dyżurów w siedzibie zamawiającego, bez wyjazdu na drogi, dotyczą innych prac.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego zasługuje na uwzględnienie. W szczególności należy zwrócić uwagę na to, że zamawiający nie wykazał, że przedmiot zamówienia nie odpowiada zakresowi zadań wskazanemu we wniosku o nadanie symbolu klasyfikacyjnego PKWiU, jak również we wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej. Wręcz przeciwnie – w odpowiedzi na odwołanie zamawiający sam przyznał, że przedmiot zamówienia oraz czynności wskazane we wniosku w pewnym zakresie się pokrywają. Ponadto zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też w trakcie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie wskazał, jaki jego zdaniem powinien być prawidłowy kod PKWiU. W dokumentacji postępowania nie wskazano też stawki podatku VAT, jaką zamawiający uznaje za właściwą, pozostawiając tę kwestię wykonawcom.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W myśl art. 5a 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.

Stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110 wynosi 23%. Stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy wynosi 8%.

W załączniku nr 3 do ustawy, zawierającym wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%, pod pozycją 174 wymieniono „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0). Podlegają one zatem opodatkowaniu obniżoną stawką podatku 8% na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy w związku z poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....