

Sygn. akt: KIO 1681/17

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2017 r. przez Wykonawcę **I. C. sp. z o. o. ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna ul. (...)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna ul. (...)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **I. C. sp. z o.o. ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna ul. (...)** na rzecz Odwołującego **I. C. sp. z o.o. ul. (...)** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1681/17

UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. prowadzi postępowanie w trybie

przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Świadczenie usług utrzymania czystości na terenie siedzib Centrali i Oddziałów P. S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 30 marca 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 063-118831

Odwołujący wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu; art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

Zamawiający załączył do Części III SIWZ Wzór nr 5: „Tabelę cen jednostkowych i wartości czynników cenotwórczych przyjętych do wyceny prac opisanych w SIWZ.”, którą Wykonawcy mieli wypełnić i zgodnie z zapisami Części I SIWZ, Rdz. XII pkt 9 lit. g), dołączyć do oferty. Dla Pakietu VI wzór tabeli stanowił Załącznik nr 5 f). W tabeli w kolumnie „F” Wykonawcy mieli podać obowiązującą stawkę podatku VAT, wyrażoną w procentach, właściwą dla czynności opisanych w poszczególnych wierszach tabeli.

Odwołujący dołączył do oferty wypełniony wzór tabeli dla Pakietu VI (strona 49 oferty), w której wskazał w kolumnie „F” odpowiednie jego zdaniem stawki podatku VAT.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie wskazanych przez Zamawiającego usług, wymienionych w poz. VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XIV, tj. o podanie dla usług wskazanych w wyżej wymienionych pozycjach kodu PKWiU oraz podstawę prawną zastosowania stawki podatku VAT w wymiarze wskazanym w ofercie. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Ł. o wskazanie klasyfikacji dla wymienionych usług.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłał wyjaśnienia, w których dla pozycji XIV: „Czyszczenie daszków nad wejściem do budynków (2 szt - 12m²)” wskazał jako prawidłową stawkę podatku VAT w wymiarze 23%. Wykonawca wyjaśnił, że „usługa sprzątnięcia części wewnętrznej, która podlega opodatkowaniu podstawową stawką VAT 23%, gdyż przepisy ustawy o VAT nie przewidują w tym zakresie możliwości zastosowania obniżonej stawki VAT, ani zwolnienia z podatku (XII-XIV)”. Wykonawca zaklasyfikował zatem

„Czyszczenie daszków nad wejściem do budynków” do rodzaju usług wewnętrznych. Wykonawca podkreślił ponadto, że przedmiotowe świadczenia należy rozliczyć w sposób odrębny, gdyż brak jest wystarczających podstaw do ich wspólnego opodatkowania i powtórnie wskazał jako prawidłową 23% stawkę podatku VAT dla usług wymienionych w punktach XII-XIV.

Zdaniem Zamawiającego jest to błędna klasyfikacja, gdyż świadczenie usługi mycia daszków nad wejściem do budynków odbywa się na zewnątrz.

Urząd Statystyczny w Ł., udzielając odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wskazał, że: usługi sprzątania terenów zewnętrznych w okresie letnim i zimowym, usuwanie i wywóz śniegu, czyszczenie daszków nad wejściem do budynków, mieszczą się w grupowaniach: PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu.”

Z powyższych względów Zamawiający przyjął, że prawidłową stawką podatku VAT będzie stawka w wysokości 8%.w konsekwencji Zamawiający uznał, że Wykonawca wskazując dla pozycji XIV (pakiet VI - dotyczący świadczenia utrzymania czystości na terenie Oddziału w Radomiu): „Czyszczenie daszków nad wejściem do budynków (2 szt- 12 m²)” stawkę podatku VAT 23% określił ją nieprawidłowo, w związku z czym popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty, zaś jego oferta zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 6) ustawy Pzp podlega odrzuceniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w stosunku do przedmiotowej usługi zastosowanie znajduje podstawowa stawka podatku VAT, gdyż usługa ta mieści się w zakresie tzw. usług wewnętrznych. Również usługi dotyczące utrzymania czystości zewnętrznych części obiektów i budynków co do zasady mieszczą się w grupowaniach PKWiU, dla których ustawodawca podatkowy nie przewidział możliwości stosowania obniżonej stawki VAT (w szczególności są to usługi z zakresu PKWiU 81.22.12.0 „Usługi sprzątania specjalistycznego”). W ocenie Odwołującego, błędnym jest uznanie przez Zamawiającego, że skoro świadczenie usługi czyszczenia daszków nad wejściem do budynków odbywa się na zewnątrz, to należy je zakwalifikować do kategorii usług zamywania śmieci i usuwania śniegu. Taka teza jest w sposób oczywisty niezgodna z zakresem, który obejmuje przedmiotowe grupowanie. Jak wynika z opisu grupowania PKWiU 81.29.12.0¹, mieszczą się w nim wyłącznie usługi, które dotyczą usuwania śniegu i lodu, w tym z dachu budynku. Tego rodzaju usługi zostały jednak w warunkach zamówienia wymienione w innej pozycji formularza (por. pkt. IX), co tym bardziej potwierdza, że pozycja XIV: „Czyszczenie daszków nad wejściem do budynków (2 szt. - 12 m²)” dotyczyła świadczeń z zakresu utrzymania czystości obiektu, nie zaś polegającej na usuwaniu śniegu z dachu. W tym kontekście, co Zamawiający zdaje się całkowicie pomijać, podkreślić należy, iż usługi czyszczenia daszków będą wykonywane w trakcie umowy tylko i wyłącznie według częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego tj. według SIWZ pięciokrotnie (por.

formularz pkt. XIV), podczas gdy usuwanie i wywóz śniegu - z oczywistych względów, wynikających z bieżącej oceny wielkości opadów atmosferycznych w okresie zimowym - następować będzie każdorazowo na zgłoszenie Koordynatora Umowy (por. formularz pkt. IX).

Odwołujący stwierdził, że na obowiązek zastosowania stawki VAT 8% w stosunku do czynności związanych z czyszczeniem daszków nie wskazują żadne postanowienia SIWZ, zarówno co do sposobu obliczenia ceny oferty, jak i opisu przedmiotu zamówienia. Wszyscy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli obowiązani samodzielnie ustalić prawidłową stawkę podatku VAT, gdyż Zamawiający nie określił w trakcie postępowania takiej stawki.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający swoje stanowisko o prawidłowości stawki 8% dla ww. pozycji XIV oparł wyłącznie na piśmie z dnia 23 czerwca 2017 r. Urzędu Statystycznego w Łodzi, w którym to piśmie Urząd Statystyczny zaprezentował pogląd, że usługi sprzątania terenów zewnętrznych w okresie letnim i zimowym, usuwanie i wywóz śniegu, czyszczenie daszków nad wejściem do budynków mieszczą się w grupowaniach PKWiU 81.29.12,0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie podatkowym powszechnie podkreśla się, że opinie interpretujące w danym, konkretnym stanie faktycznym określone standardy klasyfikacyjne z zakresu statystyki publicznej nie tworzą bezpośrednio jakichkolwiek praw i obowiązków, nie stanowią obowiązującego prawa, nie są decyzjami administracyjnymi, nie są oświadczeniami woli. Stanowią wyłącznie akt wiedzy organu statystyki publicznej, dokonującego specyficznej »subsumpcji« indywidualnego stanu faktycznego pod przepis prawny wynikający z PKWiU. przy czym »subsumpcja« ta nie jest (samodzielnym) aktem stosowania prawa sensu stricto. albowiem nie wynikają z niej bezpośrednio żadne wiążące konsekwencje prawne.

W ocenie Odwołującego, opinia Urzędu Statystycznego w Ł. jest niewystarczająca do uznania, iż zaproponował on niewłaściwą stawkę podatku VAT. W przypadku wątpliwości odnośnie poprawnej stawki VAT Zamawiający powinien wykorzystać te z przysługujących mu uprawnień, które pozwolą na jednoznaczne rozstrzygnięcie tych wątpliwości.

Odwołujący stwierdził, że ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże żadnych ujemnych konsekwencji z zastosowaniem podstawowej stawki VAT. Negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej. Taka sama reguła obowiązuje również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego zastosowanie przez wykonawcę podstawowej stawki VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Dalej Odwołujący stwierdził, że wyższa stawka VAT w ofercie nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych za zasadny.

Odwołujący przyjął stawkę podatku VAT dla usługi czyszczenia daszków nad wejściem do budynków w wysokości 23 %. W okolicznościach niniejszej sprawy, przyjętą stawkę podatku VAT dla tej usługi uznać należy za prawidłową, a w związku z tym nie można postawić zarzutu, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący w odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie wskazał, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka 23%, gdyż usługa ta mieści się w zakresie tzw. usług wewnętrznych.

Istotna dla dokonania odpowiedniej kwalifikacji usługi z punktu widzenia podatku VAT jest okoliczność, że Zamawiający określił, ile razy dokładnie daszki mają być czyszczone. Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający przewidział czyszczenie daszków pięć razy w trakcie trwania umowy. Okoliczność ta wskazuje, że Zamawiający nie traktował usługi czyszczenia daszków w ten sam sposób, co usługi usuwania śniegu z dachu budynku. W przypadku usuwania śniegu z dachu, Zamawiający przewidział wykonywanie tej usługi w każdym przypadku, gdy takie usunięcie uznane zostanie za niezbędne i nie określił, ile dokładnie razy nastąpić ma usuwanie śniegu z dachu. Oznacza to, że w świetle postanowień SIWZ, czyszczenie daszków ma stanowić zwykłą czynność, wykonywaną w odpowiednich odstępach czasu, mającą na celu utrzymanie daszków w odpowiednim stanie estetycznym. Takie rozumienie tej usługi zbliża ją do czynności mycia okien w budynku, dbania o elewację

budynku, mycia lamp i tablic, nie zaś do usługi zewnętrznej, takiej jak zmiatanie liści, odśnieżanie, czy prace zewnętrzne prowadzone na podwórkach.

W ocenie Izby, błędne jest zatem zakwalifikowanie czyszczenia daszków nad wejściem do budynków jako usługi zewnętrznej, polegającej na zmiataniu śmieci i usuwaniu śniegu. Sam fakt, że świadczenie usługi czyszczenia daszków nad wejściem do budynków odbywa się na zewnątrz, nie oznacza, że usługę tę należy zakwalifikować do kategorii usług zmiatania śmieci i usuwania śniegu. W opisie PKWiU 81.29.12.0 mieszczą się wyłącznie usługi, które dotyczą usuwania śniegu i lodu, w tym z dachu budynku. Tym samym, usługa czyszczenia daszków nad wejściem do budynku nie kwalifikuje się do tego opisu i tej klasyfikacji PKWiU. Ponownie należy podkreślić, że ze specyfiki – wykonywanej pięciokrotnie usługi czyszczenia daszków wynikało, że usługa ta nie ma dotyczyć odśnieżania dachu, którą to usługę wykonuje się w miarę zaistnienia takiej potrzeby (w przypadku obfitych opadów śniegu). Wymagana periodiczność świadczenia usługi czyszczenia daszków wskazuje na jej rolę estetyczną, która z kolei nie występuje w przypadku usuwania śniegu z dachu. Usługi czyszczenia daszków będą wykonywane w trakcie umowy tylko i wyłącznie według częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego, tj. według SIWZ pięciokrotnie (pkt XIV tabeli, zawierającej prace do wykonania przez wykonawcę), podczas gdy usuwanie i wywóz śniegu - z oczywistych względów, wynikających z bieżącej oceny wielkości opadów atmosferycznych w okresie zimowym - następować będzie każdorazowo na zgłoszenie Koordynatora Umowy.

Usługa dotycząca wywożenia śniegu została w niniejszym postępowaniu wymieniona w innej pozycji formularza (pkt. IX), co potwierdza, że pozycja XIV: „Czyszczenie daszków nad wejściem do budynków (2 szt. - 12 m²)” dotyczyła świadczeń z zakresu utrzymania czystości obiektu, nie zaś polegającej na usuwaniu śniegu z dachu.

Odwołujący przyjął dla tej usługi podstawową stawkę podatku VAT (23%), a więc stawkę najwyższą. Oznacza to, że w przypadku istnienia wątpliwości co do zastosowania stawki podatku VAT do tej usługi, przyjęta przez Odwołującego stawka podatku nie daje mu przewagi cenowej nad ofertami innych wykonawców.

Zamawiający swoje stanowisko o prawidłowości stawki 8% dla ww. pozycji XIV oparł na piśmie z dnia 23 czerwca 2017 r. Urzędu Statystycznego w Ł., w którym Urząd Statystyczny zaprezentował pogląd, że usługi sprzątnięcia terenów zewnętrznych w okresie letnim i zimowym, usuwanie i wywóz śniegu, czyszczenie daszków nad wejściem do budynków mieszczą się w grupowaniach PKWiU 81.29.12,0 „Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu”.

Wskazać należy, że klasyfikacja Urzędu Statystycznego nie jest wyznacznikiem dla

zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Co najwyżej, może być pomocna przy klasyfikowaniu wg PKWiU. Ponadto Urzędowi nie jest znana SIWZ i opis przedmiotu zamówienia. Z treści zapytania Zamawiającego wynika, że Zamawiający zadał Urzędowi Statystycznemu pytania dotyczące zaklasyfikowania według PKWiU kilku rodzajów usług. Jednakże z treści tego zapytania nie wynika, aby wraz z zapytaniem, przesłana została treść SIWZ lub co najmniej pełny zakres usług, wymaganych w niniejszym postępowaniu. Stąd też odpowiedź Urzędu nie uwzględniała (gdyż uwzględnić nie mogła) specyfiki niniejszego postępowania i postawionych przez Zamawiającego wymogów w odniesieniu do poszczególnych rodzajów usług.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....