

Sygn. akt: KIO 2483/16

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

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

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 1/443-1309/11/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 interpretacje indywidualna wystawiona 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 nazwa 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 twierdząca 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 wysokość stawki VAT powinna przesadzać czynność główna i należy stosować

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

Główną częścią zamówienia, na które została złożona ofert 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 szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

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 kwalifikację 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.

.....

