

WYROK
z dnia 7 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **EL KAJO Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 27,85 - 079 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Białe Błota, ul. Szubińska 7, 86 - 005 Białe Błota**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EL KAJO Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 27, 85 - 079 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EL KAJO Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 27, 85 - 079 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **EL KAJO Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 27, 85 - 079 Bydgoszcz** na rzecz **Gminy Białe Błota, ul. Szubińska 7, 86 - 005 Białe Błota** kwotę **3 983,06 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i dojazdu na posiedzenie pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie dróg”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Białe Błota (dalej „zamawiający”) wykonawca EL KAJO Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 9 ustawy Pzp, poprzez niezwrócenie się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w kwestii zastosowanej stawki podatku VAT w formie pisemnej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez jego błędną wykładnię i odrzucenie oferty odwołującego na skutek błędu w obliczeniu ceny, mimo, iż błędu takiego nie było,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez jego błędną wykładnię i w zaniechanie odrzucenia oferty drugiego oferenta mimo, i w jego ofercie nastąpił błąd w obliczeniu ceny - tj. nieprawidłowo przyjął on stawkę podatku VAT za wynajęcie sprzętu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. uznanie za nieważną czynność odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie wyboru oferty drugiego oferenta lub jej odrzucenie z powodu błędu w ustaleniu ceny,
4. powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. zasądzenie poniesionych kosztów postępowania.

Odwołujący podał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) przed obliczeniem ceny oferty wykonawca powinien dokładnie zapoznać się z terenem przyszłych robót oraz dokumentami przetargowymi, ceny jednostkowe i stawki podane w ofercie winny być wyrażone w złotych polskich (PLN), zaś stawka podatku VAT winna być określona zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towaru i usług (t. j. Dz. U z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.). Odwołujący wskazał, że tym samym zamawiający nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku VAT.

Odwołujący podał także, że Załącznikiem nr 1 do SIWZ był formularz ofertowy zamówienia, w którym ujęto następujące świadczenia związane z realizacją przedmiotu zamówienia:

- a) odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi utwardzonej,
- b) odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi nieutwardzonej,
- c) posypywanie 1 km całej szerokości jezdni solą drogową w czasie gołoledzi (drogi utwardzonej),
- d) posypywanie 1 km całej szerokości jezdni niechemicznymi środkami uszorstniającymi,
- e) uzupełnienie skrzyń mieszanką piasku z solą (cena za 1 skrzynię),
- f) wynajem_koparko - ładowarki (cena za 1 godzinę pracy),
- g) wynajem ciągnika z napędem na 4 koła o mocy min. 70 kW do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych (cena za 1 godzinę pracy).

Odwołujący oświadczył, że wobec tak opisanego przedmiotu zamówienia, stosując się do SIWZ, zaoferował ceny dla poszczególnych świadczeń składających się na zamówienie ofertowe oraz odpowiednią stawkę VAT:

- dla świadczeń od a) - e) wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, która jest zasadna, ponieważ usługi usuwania śniegu - na podstawie przepisu art. 41 ust. 2 ustawy o VAT w związku z pozycją 174 załącznika nr 3 do ustawy o VAT - korzystają z 8 % stawki podatku VAT,
- dla świadczeń f) i g) wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 23 %, ponieważ stawka ta jest zasadna zgodnie z przepisem art. 41 ust. 1 ustawy o VAT (stawka podatku wynosi 22% /aktualnie 23 %/ z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1).

Odwołujący podał także, że informując go o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że „oferent dla wyceny czynności wymienionych w punktach „f” , „g” Formularz Ofertowego błędnie podał wartość stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 23 % zamiast 8 %.

Odwołujący wyjaśnił, że w 2010 roku brał udział w tożsamym przetargu u tego samego zamawiającego dotyczącym zadania: Zimowe utrzymanie dróg na terenie gminy Białe Błota, złożył ofertę i wygrał. Dodatkowo wyjaśnił, że w formularzu ofertowym z 2010 r. wskazano następujące świadczenia związane z realizacją przedmiotu:

- a) mechaniczne odśnieżanie dróg utwardzonych za 100 m,
- b) mechaniczne odśnieżanie dróg nieutwardzonych za 100 m,
- c) mechaniczne posypywanie dróg za 100 m,
- d) uzupełniania piasku w skrzyniach (cena za dowóz i napełnienie, cena za 1 skrzynię),
- e) cena za 1 tonę piasku do posypywania dróg,

- f) cena za 1 tonę soli drogowej DR-1 niezbrylającej,
- g) wynajem ciągników z napędem na 4 koła o mocy min. 70 kW do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych (cena za 1 godzinę pracy),
- h) wynajem_koparko - ładowarki (cena za 1 godzinę pracy).

Odwołujący oświadczył, że dla świadczeń od a) - f) wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 7 %, natomiast dla świadczeń g) i h) wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 22 %.

Zdaniem odwołującego w złożonej ofercie zastosował prawidłową stawkę podatku VAT. Odwołujący uznał, że co do zasady zamówienie to jedna usługa kompleksowa, która winna być opodatkowana taką samą stawką VAT - w przypadku „usuwania śniegu” - 8 %, jednak w przedmiotowym postępowaniu w SIWZ (załącznik nr 1 - formularz ofertowy) przedmiot realizacji został wyszczególniony w podpunktach od a) - f), gdzie w podpunktach od f) i g) chodzi o wynajem_odpowiednio koparko ładowarki i ciągnika.

W ocenie odwołującego przy wskazaniu świadczenia jako „wynajem” nie można zastosować innej stawki podatku VAT - co wynika wprost z przepisu art. 41 ust. 1 ustawy o VAT. Uznał, że gdyby zamawiający inaczej określił świadczenia wchodzące w skład zamówienia np.: zarządzanie sprzętem do zimowego utrzymywania dróg - wysyłanie sprzętu na drogi, to możliwe byłoby zastosowanie stawki 8 % podatku VAT, co zdaniem odwołującego wynika z interpretacji przepisów prawa podatkowego np. ITPP1/443-393/13/KM z dnia 15 lipca 2013 r. wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy. Jeżeli jednak, jak w niniejszej sprawie, zamawiający wskazuje na świadczenie polegające na wynajęciu określonych maszyn (23 % VAT), to pojęcie to z pewnością odróżnić należy od świadczenia polegającego na zarządzaniu sprzętem do zimowego utrzymywania dróg - wysyłanie sprzętu na drogi (8 % VAT).

Odwołujący podał, że zgodnie z:

- Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 2 października 2012 r. I SA/Gd 818/12: *Świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego (lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego). Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia;*
- Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia

27 kwietnia 2012 r. IFSK 974/1: *Traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku.*

- Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2012 r. I FSK 1057/11: *Świadczenia złożone (kompleksowe) będzie mieć miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy będzie miała charakter świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego (lub świadczeń pomocniczych), a zatem takich, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego (lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego). Jeżeli jednak świadczenia te można, bez popadania w sztuczność, rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.*

Na podstawie powyższych wyroków odwołujący uznał, że w niniejszej sprawie można wyodrębnić zasadniczo dwie grupy świadczeń :

- usługi odśnieżania sensu stricte, tj. odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi utwardzonej; odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi nieutwardzonej; posypywanie 1 km całej szerokości jezdni solą drogową w czasie gołoledzi (drogi utwardzonej); posypywanie 1 km całej szerokości jezdni niechemicznymi środkami uszorstniającymi; uzupełnienie skrzyń mieszanką piasku z solą (cena za 1 skrzynię) - gdzie stosuje się stawkę 8 % VAT,
- dotyczące usługi odśnieżania sensu largo, tj. usługi polegające na wynajęciu sprzętu - wynajem koparko - ładowarki (cena za 1 godzinę pracy) oraz wynajem ciągnika z napędem na 4 koła o mocy min. 70 kW do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych (cena za 1 godzinę pracy).

Odwołujący stanął na stanowisku, że to oferta drugiego oferenta zawiera błąd w ustaleniu ceny, ponieważ podana została w tej ofercie błędna stawka podatku VAT przy wynajmie maszyn /pkt f) i g)/, czego konsekwencją winno być odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1258/08, zgodnie z którym:

1. *O usłudze kompleksowej można mówić w tym znaczeniu, że wykonywanie jednej usługi umożliwia świadczenie drugiej i jest nierozłącznie z nią związane, a którykolwiek*

z elementów głównych przedmiotu zamówienia nie nadaje całości zasadniczego charakteru.

2. Błędna stawka podatku VAT, przy obliczeniu ceny oferty, jako nie nadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 p.z.p. nadal musi być traktowana jako błąd w obliczeniu ceny, kwalifikujący ofertę do odrzucenia z mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 329/10, zgodnie z którym:

1. Z "błędem w cenie" w szczególności będziemy mieli do czynienia w sytuacji błędnego wskazania obowiązującej stawki podatku VAT.

2. W przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie ma słowa odnośnie istotności błędu.

3. Nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT w SIWZ.

4. Błąd w stawce VAT jest błędem w obliczeniu ceny który nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, jak i też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p."

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przekazanej Izbie na rozprawie przez zamawiającego w oryginale:

- 1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN.**
 - 2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).**
 - 3. Odpowiedzi zamawiającego z dnia 29 listopada 2013 r. na zapytanie dotyczące treści SIWZ.**
 - 4. Ofert: odwołującego i wykonawcy: Gospodarstwo Rolne „Lisi Ogon” Sp. z o.o.**
 - 5. Opinii doradcy podatkowego Marka S. z dnia 7 grudnia 2013 r. dot. zastosowania poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o VAT.**
 - 6. Informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 11 grudnia 2013 r.**
 - 7. Ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 12 grudnia 2013 r.**
- a także na podstawie stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 „Zestawienie ofert” „Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN” skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę (z ceną wyższą niż cena drugiego z wykonawców, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu), co

biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Część XII SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty drugiego z wykonawców, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, a jednocześnie zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieprawidłowo przyjętej stawki podatku VAT, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 9 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Informacją o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 11 grudnia 2013 r. powodem podjęcia tej czynności przez zamawiającego był przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który zamawiający zastosował, ponieważ wykonawca „dla wyceny czynności wymienionych w punktach „f” oraz „g” Formularza Ofertowego błędnie podał wartość stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 23%, zamiast 8%.

Zamawiający wskazał: „Ponieważ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług związanych z kompleksowym zimowym utrzymaniem dróg Gminy Białe Błota, nie jest możliwym wydzielenie poszczególnych części składowych jako usługi odrębnej, a całe zadanie zostało zakwalifikowane w kategorii PKWiU 81.29.12.0., dla której stawka wynosi 8%”.

Odwołujący w pięciu pozycjach Formularza Ofertowego (str. 17-18 oferty), tj.

- a) odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi utwardzonej,
- b) odśnieżanie 1 km całej szerokości jezdni drogi niutwardzonej,
- c) posypywanie 1 km całej szerokości jezdni solą drogową w czasie gołoledzi (drogi utwardzonej),
- d) posypywanie 1 km całej szerokości jezdni niechemicznymi środkami uszorstniającymi w czasie gołoledzi (drogi nieutwardzonej),
- e) uzupełnienie skrzyń mieszanką piasku z solą (cena za 1 skrzynię)
zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%, natomiast w dwóch pozycjach Formularza Ofertowego (str. 18 oferty), tj.
- f) wynajem koparko-ładowarki (cena za 1 godzinę pracy),
- g) wynajem ciągnika z napędem na 4 koła o mocy min. 70 kW do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych (cena za 1 godzinę pracy)
zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odnosząc się do argumentu odwołującego co do stosowanej przez tego samego zamawiającego praktyki, polegającej na tym, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu uznał za prawidłową w przypadku „wynajmu ciągnika” i „wynajmu koparko-ładowarki” podstawową stawkę podatku VAT, skład orzekający Izby wskazuje, że praktyka ta sama w sobie nie może stanowić podstawy to przyjęcia, że zastosowanie takiej stawki podatku VAT było w świetle przepisów obowiązującego prawa prawidłowe, a w konsekwencji, że nadal takim pozostaje (abstrahując nawet od zmian prawa i przyjęcia dorobku prawnego Wspólnoty, obejmującego dyrektywy VAT i orzecznictwo ETS). I choć z perspektywy odwołującego jako uczestnika uprzednio prowadzonego przez tego zamawiającego postępowania „nowe podejście zamawiającego” jest niezrozumiałe, zwłaszcza że zamawiający nie wskazał w SIWZ, jaką stawkę („nową”) podatku winni zastosować wykonawcy, to nie zwalnia to odwołującego jako wykonawcę od ustalenia i przyjęcia do obliczenia ceny stawki podatku VAT zgodnie, jak wymagał tego zamawiający w Części X pkt 3 SIWZ, z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) [dalej „ustawa o VAT”]. Kwestia konstrukcji Formularza Ofertowego (wymaganie podania stawki podatku VAT odnośnie do każdej pozycji, pomimo, że stawki te są takie same pozostaje bez znaczenia dla ww. obowiązku wykonawcy.

Odwołujący uznał, że co do zasady przedmiotowe zamówienie to jedna usług kompleksowa, która winna być opodatkowana taką samą stawką VAT (usługa „usuwania śniegu”), kwestionował natomiast, że przy świadczeniu wskazanym przez zamawiającego jako „wynajem koparko-ładowarki” oraz „wynajem ciągnika” nie można było zastosować stawki w wysokości 8%, ponieważ nie pozwala na to art. 41 ust. 1 ustawy o VAT (byłoby to możliwe, zdaniem odwołującego, przy sprecyzowaniu świadczenia jako „zarządzanie sprzętem do zimowego utrzymywania dróg – wysyłanie sprzętu na drogi”).

W ocenie składu orzekającego Izby w prowadzonym aktualnie przez zamawiającego postępowaniu na „Zimowe utrzymywanie dróg”, którego przedmiotem, co wskazał zamawiający w Części II SIWZ (Przedmiot zamówienia) jest „świadczenie usług związanych z kompleksowym zimowym utrzymywaniem dróg Gminy Białe Błota”, na które składają się:

- a) likwidacja skutków zimy, żywiołu śnieżnego i skutków obniżonej temperatury poprzez przejęcie na siebie obowiązku utrzymania przejezdności dróg, zmniejszenia lub ograniczenia zakłóceń ruchu drogowego wywołanego czynnikami atmosferycznymi,
- b) prowadzenie akcji zimowej w dzień i w nocy, w dni robocze i święta, w różnych warunkach atmosferycznych – opady śniegu, marznącego deszczu, zawieje, zamiecie śnieżne, niskie temperatury,

- c) utrzymywanie w pełnej gotowości technicznej i eksploatacyjnej środków transportowych i sprzętowych wraz z osprzętem przewidzianym do zwalczania skutków zimy,
- d) posiadanie dostępu do materiałów uszorstniających i soli,
- e) pełnienie dyżurów oraz prowadzenie dokumentacji ZUD (zimowego utrzymania dróg) zawierającej: dziennik dyżurów określający przebieg dyżuru, stan dróg, interwencje itp., oraz dziennik pracy sprzętu wraz z zakresem wykonanych prac wg ustalonego z zamawiającym wzoru,
- f) wykonywanie objazdów kontrolnych dróg w celu realizacji zadań związanych z ZUD

mamy do czynienia z usługą kompleksową, do świadczenia której niezbędne będą zarówno koparko-ładowarka, jak i ciągnik, wskazany w poz. f i g Formularza Ofertowego.

Dostrzeżenia wymaga, że koparko-ładowarka, jak i ciągnik nie zostaną wykorzystane przez zamawiającego w tym celu, aby to sam zamawiający używał je i dokonywał jakichkolwiek czynności w ramach zimowego utrzymywania dróg lub do innych celów, ani też, aby wykonawca wykorzystywał je do innych celów niż do realizacji będącego przedmiotem zamówienia zimowego utrzymywania dróg, tj. w przypadku koparko-ładowarki do, jak oświadczył zamawiający na rozprawie, odśnieżania dróg gruntowych, ponieważ zasy mogą tworzyć się na powierzchni samej jezdni, co koresponduje z przedmiotem zamówienia opisanym w szczególności w Części II lit. a i b SIWZ, a w przypadku ciągnika do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych, co wynika już z samego opisu w pozycji g) Formularza Ofertowego, a co także koresponduje z przedmiotem zamówienia opisanym w szczególności w Części II lit. a i b SIWZ. Za usługi te wykonawca będzie wynagradzany odmiennie niż za usługi pozostałe, tj. nie za kilometr jezdni (za „skrzynię” w przypadku uzupełniania skrzyni mieszanką pisaku z solą), ale za każdą godzinę pracy koparki/ciągnika (za cenę podaną w Formularzu ofertowym w pozycji f oraz g), co wiązać należy wyłącznie z faktem, że konieczność skorzystania z usług świadczonych przez wykonawcę przy użyciu koparki/ciągnika w takich przypadkach będzie miała charakter „awaryjny” – wywołany w szczególności intensywnością opadów (zamawiający w Części II lit. a użył pojęcia „żywiol śnieżny”). W ocenie składu orzekającego Izby bezpodstawnie w świetle opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Części II SIWZ odwołujący przyjął, co wskazał na rozprawie, że koparka i ciągnik będą wykorzystywane poza drogą (do celów innych niż utrzymanie przejezdności dróg w czasie zimy).

Odnosząc się także do argumentu odwołującego, że pomimo tego, że wcześniejsza umowa tego samego zamawiającego na zimowe utrzymanie dróg przewidywała wynajem zarówno koparki, jak i ciągnika, to nie zostały one wykorzystane, a mimo to usługa utrzymania dróg została zrealizowana, skład orzekający Izby wskazuje, że fakt ten wiązać

należy z zimowymi warunkami atmosferycznymi, które nie wymagały wykorzystania ciągnika, czy koparki, co oznacza, że gdyby konieczność taka, będąca konsekwencją tych warunków wystąpiła, to wskazane pojazdy specjalistyczne musiałyby zostać użyte w ramach zimowego utrzymywania dróg.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby czynności nazwane przez zamawiającego w Formularzu Ofertowym jako „wynajem koparko-ładowarki” oraz „wynajem ciągnika z napędem na 4 koła o mocy min. 70 kW do awaryjnego wyciągania pojazdów mechanicznych z zasp śnieżnych”, które w świetle opisu przedmiotu zamówienia są niezbędne do usuwania śniegu (zasp) z drogi, w tym po uprzednim usunięciu pojazdu z drogi, są integralną częścią usługi kompleksowej – usługi zimowego utrzymywania dróg.

Odwołujący, pomimo ciężącego na nim obowiązku (ciężar dowodu) nie zaprezentował żadnej argumentacji co do odrzucenia jego oferty przez zamawiającego z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy Pzp, stąd skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania, że dla pozycji „f” oraz pozycji „g” Załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz Ofertowy) wykonawcy winni zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8% oraz wobec faktu, że taką właśnie stawkę zastosował w tych pozycjach wykonawca, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. a oraz lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: