

Sygn. akt: KIO 54/13

**WYROK**  
**z dnia 24 stycznia 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2013V r. przez wykonawcę **VISION GROUP AK Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, 00-501 Warszawa, ul. Bracka 3/13** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Oleśnica, 56-400 Oleśnica, Rynek – Ratusz,**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę VISION GROUP AK Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, 00-501 Warszawa, ul. Bracka 3/13 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **VISION GROUP AK Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, 00-501 Warszawa, ul. Bracka 3/13** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **VISION GROUP AK Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, 00-501 Warszawa, ul. Bracka 3/13** na rzecz **Miasta Oleśnica, 56-400 Oleśnica, Rynek – Ratusz** 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 (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Oleśnica, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Obsługę toalety publicznej przy ulicy Sinapiusa w Oleśnicy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 grudnia 2012 r., nr 1, poz. 494848.

W dniu 4 stycznia 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę VISION GROUP AK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z uwago na to, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

W dniu 10 stycznia 2013 r. (pismem z dnia 9 stycznia 2013 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 9 stycznia 2013 r.) wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. zasądzenie kosztów postępowania według norm przewidzianych przepisami prawa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż wobec zaklasyfikowania usług będących przedmiotem postępowania jako należących do grupowania PKWiU 81.29.13.00 przyjęta przez niego stawka podatku VAT w wysokości 8% jest prawidłowa. Tym samym brak jest podstaw do przypisania mu błędu w obliczeniu ceny. Dowodem zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT są specyfikacje Gminy Bytom i Miasta Konin, gdzie w odniesieniu do tego samego rodzaju usług jednoznacznie zastosowano stawkę podatku VAT w wysokości 8 %.

Interpretacja Urzędu Statystycznego w Łodzi powołana przez zamawiającego pozostaje w oderwaniu od szczegółowego zakresu pojęcia „obsługa toalety publicznej” wskazanego w SIWZ i jak tak nie może mieć charakteru wiążącego w niniejszej sprawie.

A ponadto skoro zamawiający, opisując sposób obliczenia ceny oferty nie wymagał od wykonawców podania wysokości stawki podatku VAT, nie może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający prowadzi postępowanie na „Obsługę toalety publicznej przy ul. Sinapiusa w Oleśnicy”, dla której to usługi na stornie 1 SIWZ wskazał: „(kod CPV: 90.60.00.00-3)”.

W rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” określił zakres usług objętych przedmiotem zamówienia, tj.:

- 1) „Codzienne obsługa szaletu w następujących godzinach: (...).
- 2) Całodobowy dozór obiektu poza godzinami jego otwarcia.
- 3) Codzienne utrzymanie czystości wewnątrz szaletu polegające na (...).
- 4) Uzupełnianie na bieżąco papieru toaletowego (...).
- 5) Codzienne wykonywanie czynności związanych z dezynfekcją pomieszczeń.
- 6) Codzienne utrzymywanie czystości na zewnątrz obiektu w pasie 2 m od budynku.
- 7) Wykonywanie drobnych napraw i konserwacji wewnątrz obiektu (...).
- 8) Zgłaszanie awarii urządzeń (...).
- 9) W okresie zimowym odśnieżanie chodnika wokół budynku szaletu niezwłocznie po opadach śniegu oraz do niezwłocznego usuwania gołoledzi.”

Nadto zamawiający w rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zamieścił następujące postanowienia:

1. „Wymaga się by cena podana w formularzu ofertowym była ceną ryczałtową wyrażoną w złotych polskich i obejmowała:
  - przypisane prawem podatki,

- wszelkie opłaty,
- wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia z podaniem wartości netto, podatku VAT i wartości brutto.”.

Zamawiający w formularzu „Oferta”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ – formularz oferty zamieścił następujące postanowienia:

1. „wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia za następującą wartość ryczałtową:
  - a) w okresie jednego miesiąca:
    - wartość netto ..... zł
    - podatek VAT ..... %
    - wartość brutto ..... zł
    - (...).”.
  - b) w okresie 48 miesięcy
    - wartość netto ..... zł
    - podatek VAT ..... %
    - wartość brutto ..... zł
    - (...).”.

Odwołujący w formularzu „Oferta” (str. 1 oferty) w części dotyczącej podatku podał: „podatek VAT 8%.

Zamawiający, pismem z dnia 18 grudnia 2012 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do podania podstawy prawnej pozwalającej odwołującemu na zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 8% dla wykonania usług będących przedmiotem zamówienia, w szczególności do przedłożenia dokumentów odpowiedniego urzędu statystycznego lub właściwej izby skarbowej, potwierdzających prawidłowość zastosowanej w ofercie stawki.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 21 grudnia 2012 r., podał m.in., iż na zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 8% wskazują przedłożone dokumenty (specyfikacje Urzędu Miasta w Zabrze, Koninie, Elblągu, Przemysłu oraz Bytomiu, a także interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 15 czerwca 2012 r. w sprawie ILPPI/443-255/12-4/KG) oraz podstawa prawne. Wykonywane usługi związane z obsługą szaletu miejskiego mieszczą się w PKWiU 81.29.13.0, a więc usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie opodatkowana 8% stawką podatku VAT.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż – zgodnie z treścią uchwały SN (uchwała SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11) - „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu

ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...)).”.

Dlatego też zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług. Jak bowiem stwierdził SO we Wrocławiu „jeśli w umowie ustalona zostaje cena brutto, z wyszczególnieniem wartości netto i wartości należnych podatków, to tym samym również druga strona umowy usługobiorca akceptuje poprzez zawarcie umowy wszystkie składniki ceny i jest ona także zainteresowana w prawidłowym ich ustaleniu. Nieprawidłowe ustalenie wartości podatku VAT w umowie powoduje także dla usługobiorcy konsekwencje (...). Dla tych samych powodów w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy z ceną brutto również zamawiający jako przyszła druga strona umowy jest zainteresowany w prawidłowym ustaleniu wszystkich składników ceny brutto. (...). Kolejnym powodem dla którego zamawiający ma dążyć do ustalenia czy w ofertach podano prawidłowe stawki podatku VAT jest pozycja zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest bowiem podmiotem prowadzącym to postępowanie i odpowiadającym za prawidłową ocenę ofert w nim złożonych, dlatego też wymaga się od niego aby zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 341/09).

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający poprzez zamieszczenie w rozdziale XVI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, pkt 1 postanowienia „(...) z podaniem wartości netto, podatku VAT i wartości brutto” w istocie zamieścił wzór obliczenia ceny, tym samym żądając od wykonawców aby obliczyli tę cenę poprzez wskazanie ceny netto, stawki podatku VAT, a następnie dodali do ceny netto kwotę podatku VAT, uzyskując w ten sposób cenę brutto. W treści SIWZ, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający konsekwentnie wymagał wskazania „podatku VAT” (s. 11 SIWZ - rozdział XVI „Opis sposobu obliczenia ceny”, pkt 1; s. 22 – formularz „Oferta”) poprzez podanie „podatek VAT ... %”. Wymagał więc podania właściwej stawki podatku VAT (podatku obliczonego zgodnie z obowiązującymi przepisami), a nie jakiegokolwiek stawki podatku VAT. Odwołujący w formularzu „Oferta” w pozycji „podatek VAT” wpisał „8%”, podobnie jak kilku innych wykonawców. Część wykonawców wskazała stawkę podatkową w wysokości 23%.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa obejmująca obsługę toalety publicznej przy ulicy Sinapiusa w Oleśnicy, której szczegółowy opis zawarty jest w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, w którym to zamawiający wyodrębnił poszczególne usługi w ramach usługi będącej przedmiotem zamówienia. Usługi te zamawiający określił kodem CPV: 90.60.00.00-3. Usługi te – jak wykazał to zamawiający w toku niniejszego postępowania - mieszczą się w ramach grupowania: PKWiU 96.09.19.0 „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane” poprzednio zaś mieściły się w

grupowaniu PKWiU 90.00.12-00.00 „Usługi w zakresie opróżniania szamb”. Na dowód czego przedstawił dwie interpretacje Urzędu Statystycznego w Łodzi (Interpretacja Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 17 września 2012 r. i z dnia 14 grudnia 2012 r.) (interpretacje te znajdują się w aktach sprawy), a więc organu uprawnionego do dokonywania takiej klasyfikacji. Natomiast odwołujący usługi będące przedmiotem zamówienia zakwalifikował w ramach grupowania PKWiU 81.29.13.0 „Pozostałe usługi sanitarne”. A ponieważ to klasyfikacja usług decyduje o zastosowaniu określonej stawki podatku VAT błędne zaklasyfikowanie usługi powoduje w konsekwencji przyjęcie błędnej stawki podatku VAT. W niniejszym stanie faktycznym to zamawiający wykazał, iż właściwą klasyfikacją usługi będącej przedmiotem prowadzonego przez niego postępowania jest grupowanie PKWiU 96.09.19.0 „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane”, co w konsekwencji uzasadnia zastosowanie 23% stawki podatku VAT. O prawidłowości przyjętego przez niego stanowiska świadczą bowiem interpretacje Urzędu Statystycznego w Łodzi.

Dowodu na zastosowanie przez odwołującego prawidłowej stawki podatku VAT nie może stanowić powołana przez niego interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 15.06.2012 r. w sprawie ILPP1/443-255/12-4/KG, gdyż interpretacje indywidualne w zakresie przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie podatnika są wiążące jedynie w konkretnej sprawie, a interpretacja przedłożona przez odwołującego nie została wydana w ramach jego indywidualnej sprawy.

O prawidłowej stawce podatku VAT nie może także przesądzać treść SIWZ pochodzących z innego postępowania. Jednak w stosunku i do tych dowodów to zamawiający wykazał, iż w tych konkretnych postępowaniach, które powołał odwołujący, za prawidłową uznano 23% stawkę podatku VAT.

Tym samym stwierdzić należy, iż odwołujący nie wykazał, mimo iż to na nim - zgodnie z art. 6 k.c. - ciąży ciężar dowodu, iż zastosowana przez niego stawka podatku VAT jest prawidłowa. Dlatego też uznać należy, iż cena oferowana przez odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuzasadnionym zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie ze złożonym spisem kosztów.

**Przewodniczący:** .....