

WYROK
z dnia 12 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (pełnomocnik) i [2] ECC PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój – Wydział Infrastruktury Komunalnej i Inwestycji**

przy udziale wykonawcy **Firma A. Spółka jawna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 313/19 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (pełnomocnik) i [2] ECC PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie**
i:
 - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (pełnomocnik) i [2] ECC PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Jastrzębie Zdrój wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zagospodarowanie terenu inwestycyjnego przy ulicy Towarowej w Jastrzębiu Zdroju«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 07.01.2019 r. pod nrem 501066-N-2019.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 18.02.2019 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma A. Spółka jawna, Jastrzębie-Zdrój;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (pełnomocnik) i [2] ECC PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, gdyż w ofercie tego wykonawcy wystąpił błąd w obliczaniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (pełnomocnik) i [2] ECC PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 25.02.2019 r. [poniedziałek] do Prezesa KIO odwołanie w szczególności na odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na błędy w obliczeniu ceny;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona;
- 3) innych przepisów powszechnie obowiązującego prawa wskazanych w uzasadnieniu odwołania – odwołujący na rozprawie wycofał zarzut nr 3.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na błędy w obliczeniu ceny;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert – z uwzględnieniem zastosowanej w ofertach wykonawców stawki podatku od towarów i usług (VAT) – i nakazanie zamawiającemu odrzucenie ofert z błędną stawką VAT, tj. odrzucenie ofert pozostałych wykonawców;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Argumentacja odwołującego

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ] zamawiający przedstawił opis zamówienia następująco: „Wywóz gruzu, taśm kopalnianych, opon, skały płonnej, nadmiaru ziemi, przemieszczanie mas ziemnych pozostałych na miejscu oraz wycinkę drzew i krzewów porastających przedmiotowy teren wraz z usunięciem korzeni, wywozem i utylizacją materiału”.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ ani też we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ sposobu kalkulacji ceny, stawki VAT oraz nie wskazał klasyfikacji statystycznej dla tych robót.

Zgodnie z poz. 7.3 Zasad Metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług zawartych w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 października 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) (Dz. U. poz. 1676) [dalej: PKWiU], zaliczanie danego produktu do odpowiedniego grupowania jest obowiązkiem producenta (względnie usługodawcy). Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi.

Odwołujący uznał, że usługi opisane w SIWZ mieszczą się w grupowaniu PKWiU 38.21.29.0 „Pozostałe usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne”.

Z postanowienia tego grupowania w PKWiU wynika, że za taką usługę uznaje się usługi zbierania odpadów innych niż niebezpieczne. W zakres takiej usługi wchodzi również transport odpadów do miejsca ich składowania, jeżeli mieści się on wewnątrz usługi zbierania ich przez podmiot prowadzący taką działalność. Oznacza to, że jeżeli usługa wywozu gruzu budowlanego, taśm kopalnianych, opon jest częścią składową świadczonej kompleksowej usługi zbierania odpadów, to w takim przypadku na podstawie art. 41 ust. 2

ustawy o podatku od towarów i usług dla towarów i usług wymienionych w zał. nr 3 do ustawy oraz zgodnie z art. 146a pkt 2 ustawy, stosuje się stawkę podatku w wysokości 8%.

W poz. 149 wskazanego załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług wymieniono „Pozostałe usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne” PKWiU 38.21.29.0.

Identyczne stanowisko zajął w swojej interpretacji podatkowej Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach – Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach IBPP1/443-157/14/DK z 26 maja 2014 r.

Odwołujący stojąc na stanowisku, że określenie ceny zamówienia „Zagospodarowanie terenu inwestycyjnego przy ul. Towarowej w Jastrzębiu Zdroju” w oparciu o stawkę 8% VAT jest właściwe, w celu uzyskania potwierdzenia własnego stanowiska dodatkowo wystąpił do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z wnioskiem o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego, dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie sposobu opodatkowania świadczonych usług w ramach zamówienia „Zagospodarowanie terenu inwestycyjnego przy ul. Towarowej w Jastrzębiu Zdroju”.

Zamawiający w toku postępowania o zamówienie publiczne dokonując odrzucenia oferty odwołującego błędnie uznał, że określony w SIWZ przedmiot zamówienia jako całość świadczonej usługi – jest niesklasyfikowaną podatkowo usługą czy też robotą budowlaną podlegającą opodatkowaniu 23% stawką VAT (zamawiający nie wskazał klasyfikacji PKWiU robót).

Szczegółowe wyjaśnienie dotyczące zastosowanej przez odwołującego stawki podatkowej zostało zaprezentowane w piśmie przesłanym do zamawiającego 04.02.2019 r.

Zamawiający do całości prac objętych zamówieniem, czyli – wywozu gruzu, taśm kopalnianych, opon, skały płonnej, nadmiaru ziemi, przemieszczania mas ziemnych pozostałych na miejscu oraz wycinki drzew i krzewów porastających przedmiotowy teren wraz z usunięciem korzeni, wywozem i utylizacją materiału przypisał kod CPV o numerze 45 11 0000-1, który to kod dotyczy „robót w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne”.

Zdaniem odwołującego zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia (OPZ) nie mieści się w zakresie prac przypisanych do kodu CPV 45 11 0000-1 (roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne).

Istotą zamówienia jak wskazuje zamawiający w piśmie z 18.02.2019 r. jest »zagospodarowanie terenu inwestycyjnego polegające na wywozie gruzu, taśm kopalnianych, opon, skały płonnej, nadmiaru ziemi, przemieszczanie mas ziemnych pozostałych na miejscu oraz wycinkę drzew i krzewów porastających przedmiotowy teren wraz z usunięciem korzeni, wywozem i utylizacją materiału«. W treści przedmiotowego pisma

zamawiający precyzuje, że: »istotą naszego postępowania jest zagospodarowanie terenu polegającego na oczyszczeniu, niwelowaniu, równaniu i przygotowaniu go pod przyszłą inwestycję«.

Jak sam zamawiający określił istotą zamówienia jest zagospodarowanie terenu – „zagospodarowanie” w języku polskim definiowane jest jako racjonalne wykorzystanie terenu lub zasobów. W odniesieniu do tak określonego przedmiotu zamówienia prace ziemne polegające na niwelowaniu i równaniu terenu mają charakter estetyczny (drugorzędny z punktu widzenia planowanej w przyszłości inwestycji), a nie funkcjonalny – wyrównanie terenu po ingerencji ciężkiego sprzętu dokonującego załadunku i wywozu tysięcy ton odpadów.

Przywrócenie terenowi funkcji użytkowych w tym przypadku nie będzie polegało na robotach ziemnych, lecz na wywozie odpadów (pierwszorzędna czynność mająca na celu uzyskanie przez przedmiotową nieruchomość funkcji użytkowych – inwestycyjnych). Końcowe prace ziemne mające na celu wyrównanie terenu mają walor tylko dekoracyjny, estetyczny. Po wywozie odpadów walor funkcjonalny działki – terenu, na którym prowadzone będą działania inwestycyjne, zostałby przywrócony bez konieczności wyrównania terenu. Nieruchomość stanowiąca dzikie wysypisko odpadów po ich usunięciu będzie stanowić podstawę pod nową inwestycję. Uruchomienie inwestycji na terenie, na którym zalegają odpady jest niemożliwe.

Odwołujący nie może zgodzić się ze zdaniem zamawiającego, że zagospodarowanie, czyli racjonalne wykorzystanie terenu w przypadku przedmiotowego zamówienia polegać będzie na niwelowaniu i równaniu terenu. Racjonalne wykorzystanie terenu wystąpi w przypadku usunięcia z nieruchomości zalegających odpadów i wycince drzew i krzewów wraz z ich utylizacją – dzięki temu przedmiotowa nieruchomość uzyska swój walor funkcjonalny.

Niwelowanie i równanie terenu w tym zamówieniu będzie jedynie drugorzędną czynnością poprawiającą walory estetyczne nieruchomości bez wpływu na przyszłe działania inwestycyjne.

Reasumując usługa opisana w zamówieniu polegająca na zagospodarowaniu terenu przez wywóz gruzu budowlanego, taśm kopalnianych, opon, skały płonnej, usuniętych drzew i krzewów oraz korzeni, która jest częścią składową świadczonej przez firmę kompleksowej usługi związanej z usuwaniem odpadów, mieści się w grupowaniu PKWiU 38.21.29.0 „Pozostałe usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne” i zgodnie z wyżej zaprezentowanym stanowiskiem podlega opodatkowaniu stawką VAT 8%.

Równocześnie zdaniem odwołującego oferty wykonawców, którzy dokonali kalkulacji ceny zamówienia w oparciu o 23% stawkę VAT powinny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – jako oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.02.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.02.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

25.02.2019 r. wykonawca Firma A. Spółka jawna, Jastrzębie-Zdrój złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 7.03.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie dopełnił obowiązku wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia ze względu na to, że oferta odwołującego zajęła czwarte miejsce w rankingu ofert, a odwołujący zamieścił w odwołaniu zarzuty tylko do oferty, która w rankingu ofert zajęła pierwsze miejsce. Takie działanie odwołującego, zdaniem zamawiającego i przystępującego nie spełnia wymagań zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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«. Dlatego odwołanie powinno zostać oddalone przez Izbę.

Jednak Izba stwierdza, że odwołujący wskazał w żądaniach aby Izba nakazała zamawiającemu cyt. »odrzuć oferty z błędną stawką VAT, tj. odrzuć oferty pozostałych wykonawców«, czyli odwołujący odniósł się do wszystkich ofert pozostałych wykonawców, a nie tylko do oferty przystępującego, którego oferta zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert. Jak stwierdził zamawiający i przystępujący wszyscy wykonawcy za wyjątkiem odwołującego zastosowali tę samą stawkę VAT 23%, która zdaniem odwołującego była błędna.

Izba podkreśla, że art. 180 ust. 3 Pzp jest podstawowym przepisem wskazującym na zawartość odwołania i w przepisie tym nie jest określone gdzie ma się znajdować uzasadnienie posiadania interesu przez odwołującego. Art. 180 ust. 3 Pzp brzmi »Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«. Dlatego wykazanie interesu we wniesieniu odwołania przez odwołującego, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, może zostać zamieszczone w różnych miejscach odwołania, a nawet nie wprost.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

- A) odwołującego:
- 1) interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach IBPP1/443-157/14/DK z 26 maja 2014 r. na wykazanie, że w podobnych sprawach jest właściwa należna stawka VAT 8%;
 - 2) szczegółowe wyjaśnienie dotyczące zastosowanej przez odwołującego stawki podatkowej, które zostało zaprezentowane w piśmie przesłanym do zamawiającego 4.02.2019 r. na wykazanie, że w podobnych sprawach jest właściwa należna stawka VAT 8%;
 - 3) protokół kontroli podatkowej nr 6570 z 9.04.2018 r., ocena prawna w przedmiocie kwalifikacji opodatkowania podatkiem VAT usług wykonywanych w ramach zadania pn. »Rekultywacja składowiska odpadów pogórnich Rejon Piłsudski w Jaworznie

– etap I« na wykazanie, że w podobnych sprawach jest właściwa należna stawka VAT 8% [dowód zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa];

- 4) odpisy decyzji odpadowych na wykazanie, że w podobnych sprawach jest właściwa należna stawka VAT 8%.

Podczas rozpatrywania sprawy przez Izbę nie mogły zaważyć na rozstrzygnięciu dowody przedstawione przez odwołującego, gdyż nie dotyczyły konkretnej, rozpoznawanej sprawy, a dotyczyły spraw całkiem różnych.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na błędy w obliczeniu ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wszczął postępowanie przez zamieszczenie ogłoszenia w BZP. Równocześnie zamawiający udostępnił SIWZ na właściwej stronie internetowej, zgodnie z art. 43 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert«.

Zamawiający – na stronie tytułowej SIWZ – wyeksponował w oddzielnym wierszu, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Również w części III ust. 1 i 3 str. 30 zał. nr 6 do SIWZ zamawiający wskazał jakie mają być spełnione warunki techniczne w oparciu o prawo budowlane, również w części II zał. nr 6 do SIWZ zamawiający wskazał na roboty budowlane – przemieszczane mas ziemi. Także w ust. 8.1.2 str. 5 SIWZ Zamawiający położył bardzo duży nacisk na warunki udziału w postępowaniu i wskazał, że te warunki zostaną spełnione przez wykonawcę, który realizował 2 zadania związane z wykonaniem wykopów lub nasypów oraz rekultywacji bądź niwelacji terenu, a więc wymagał wykazania legitymowania się doświadczeniem w zakresie wykonania robót budowlanych.

Także postanowienia § 6 ust. 2 wzoru umowy, gdzie jest mowa o kierowniku budowy o specjalności drogowej czy § 8 wzoru umowy, gdzie jest mowa o podwykonawcach i występuje konkretne odwołanie do przepisów dotyczących robót budowlanych wskazują na traktowanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia jako roboty budowlanej.

Ponadto zamawiający wskazał, że w orzecznictwie dotyczącym kwalifikacji przedmiotu zamówienia w przypadku kompleksowych zamówień publicznych cyt. z protokołu »ważna jest istota celu udzielenia zamówienia, a tym celem dla zamawiającego jest doprowadzenie przedmiotowej działki do stanu umożliwiającego prowadzenie inwestycji (sprzedaż tego terenu pod budowę)«. Dodatkowo zamawiający zaproponował, że celem wyrównania terenu było uzyskanie li tylko waloru estetycznego, gdyż tak można byłoby stwierdzić, gdyby oczyszczenie terenu i jego wyrównanie byłoby dla zamawiającego celem i na tym kończyłyby

się działania na terenie nieruchomości. Jednak wyrównanie terenu jest tylko wstępnym etapem do przekazania terenu na cele budownictwa usługowego.

Wreszcie zamawiający podniósł, że w przypadku, gdyby zamawiający traktował przedmiot zamówienia jako usługę, wartość jej przekroczyłaby progi unijne i zwłaszcza musiałby stosować się do innych przepisów ustawy Pzp, a na początku już musiałby opublikować ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a nie w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dlatego Izba musi przychylić się do stanowiska zamawiającego, że zamawiający w postanowieniach SIWZ jednoznacznie wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Nawiązywanie przez zamawiającego w SIWZ do przepisów innych aktów prawnych jak np. do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r. poz. 992 ze zm.) nie może rzutować na zmienienie kategoryzacji przedmiotu zamówienia z roboty budowlanej na usługę, gdyż zwykle przedmioty zamówienia podlegają różnym regulacjom ustawowym, jednak to zamawiający określa czym jest przedmiot zamówienia: robotą budowlaną, dostawą czy usługą. W przypadku wątpliwości odwołujący mógł skorzystać z procedury zadawania pytań do zamawiającego określonej w art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Jednak zamawiający jest zobligowany do udzielenia wyjaśnień cyt. »pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert« – art. 38 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Odwołujący nie skorzystał z tej procedury, a więc tym bardziej odwołujący nie mógł zmienić kategorii przedmiotu zamówienia na usługę z roboty budowlanej, gdyż powodowałoby to nieporównywalność oferty odwołującego z ofertami innych wykonawców, którzy polegając na postanowieniach SIWZ zakwalifikowaliby swoje przedmioty zamówienia jako roboty budowlane.

Izba stwierdza, że odwołujący słusznie powołał się na uregulowanie poz. 7.3 Zasad Metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług zawartych w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 października 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) (Dz. U. poz. 1676), które stanowią cyt. »Zaliczenie określonego produktu do właściwego grupowania PKWiU 2015 należy do obowiązków producenta (usługodawcy) tego produktu. Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU 2015, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi«. Jednak odwołujący (usługodawca) zaliczając przedmiot zamówienia do właściwego grupowania PKWiU nie wziął pod uwagę wszystkich informacji, które posiadał do

właściwego zaliczenia przedmiotu grupowania PKWiU, gdyż pominął w zasadzie całkowicie informacje otrzymane od zamawiającego w SIWZ.

Ponadto odwołujący powoływał się na interpretację indywidualną organu podatkowego, jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że wydana w 2014 r. interpretacja indywidualna dotyczy konkretnego przedmiotu. Dlatego powołanie się na interpretację dotyczącą innego przedmiotu nie może być w pełni miarodajna, mimo że wiele elementów jest podobnych, ale nie można tej interpretacji wprost zastosować do rozpoznawanego przedmiotu zamówienia. Szczególnie, że cyt. »rekultywacja składowiska odpadów, na którą powołuje się odwołujący, zasadniczo różni się od zagospodarowania terenu, które jest przedmiotem obecnego zamówienia«, co przytoczył na rozprawie przystępujący.

Dlatego Izba stwierdza, że zamawiający określił przedmiot zamówienia jako robota budowlana i wszyscy wykonawcy powinni się temu podporządkować sporządzając ofertę, a więc wykonawcy powinni zastosować 23% stawkę VAT, a nie jak uczynił to odwołujący – zastosował 8% stawkę VAT przynależną do usługi, którą wskazał odwołujący – 38.21.29.0 „Pozostałe usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne”.

W związku z tym odwołujący niewłaściwie skalkulował cenę ofertową, natomiast przystępujący stosujący się do wskazań zamawiającego skalkulował cenę właściwie i zastosował odpowiednią stawkę VAT w wysokości 23%, a więc zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«. Pozostali wykonawcy również zastosowali się do postanowień SIWZ i zastosowali do przedmiotu zamówienia stawkę VAT w wysokości 23%, a więc z tego powodu oferty tych wykonawców nie mogą podlegać odrzuceniu.

Dodatkowo Izba musi zauważyć, że odwołujący powinien zdawać sobie sprawę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, bo uścił wpis w wysokości 10 000 zł, czyli wpis odpowiedni za roboty budowlane o wartości podprogowej, zgodnie z § 1 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), który to przepis brzmi »Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest [...] mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000 zł«.

Z tych względów w ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że z uzasadnienia zarzutu pierwszego wynika, że odwołujący zastosował do obliczania ceny błędną stawkę VAT i w związku z tym oferta odwołującego została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jednocześnie odwołujący nie dowiódł, że oferta przystępującego i każda z ofert pozostałych wykonawców zawierała błędy w obliczaniu ceny, dlatego żadna z tych ofert nie podlegała odrzuceniu. W związku z tym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ spośród oferty nie podlegających odrzuceniu nie naruszając art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z tych względów w ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: