

Sygn. akt: KIO/UZP 210/09

WYROK
z dnia 6 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Sp. Jawna, M. Ganczarski, J. Wianeczki, W. Marzec, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Będzin reprezentowaną przez Prezydenta Miasta, ul. 11 Listopada 20, 42-500 Będzin** protestu z dnia 3 lutego 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Techniczno-Handlowo-Usługowe „INTERPROMEX” Sp. z o.o., ul. Paryska 11, 42-500 Będzin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Sp. Jawna, M. Ganczarski, J. Wianeczki, W. Marzec, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD”, Sp. Jawna M. Ganczarski, J. Wianeczki, W. Marzec, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Sp. Jawna, M. Ganczarski, J. Wianeczki, W. Marzec, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Uporządkowanie terenu inwestycyjnego w dzielnicy Warpie planowanego do uzbrojenia w ramach projektu „Gospodarcza Brania Śląska” - Etap 1: Uruchomienie Zagłębiowskiej Strefy Gospodarczej - Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego*”, zostało wszczęte przez Gminę Będzin - Prezydenta Miasta Będzina, ul. 11 Listopada 20, 42-500 Będzin zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 311167-2008 z dnia 13.11.2008 r.

Zamawiający zawiadomił uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego o wyborze najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 21.01.2009 r. - firmy: Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowo - Usługowe „INTERPROMEX” Sp. z o.o., ul. Paryska 11, 42-500 Będzin zwanej dalej: *„INTERPROMEX Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”*. Ponadto,

poinformował o wykluczeniu lub odrzuceniu 18 z 19 Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, w tym o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oferty firmy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Sp. Jawna, M. Ganczarski, J. Wianeczki, W. Marzec, ul. Kotlarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie zwanej dalej: „EKOBUD Sp. Jawna” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Powyższy Wykonawca otrzymał stosowną informację w dniu 27.01.2009 r. Wskazał, iż jak podkreśla się w doktrynie oraz orzecznictwie arbitrażowym określenie błędnej stawki podatku VAT w ofercie należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje koniecznością odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. (tak; G. Wicik, P. Wiśniewski. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydawnictwo C. H. Beck 2007 r. str. 459, A. Szyszkowski. Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków. ODDK Gdańsk 2009 str. 169, red. T. Czajkowski. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. III UZP 2007 r.).

Stwierdził, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) zwanej dalej: „ustawą o PTU” albo „ustawą o VAT” opodatkowaniu tym podatkiem podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy o PTU, przez świadczenie usług, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej, lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy w rozumieniu art. 7 (...).

Jednocześnie dla szczegółowego określenia zakresu przedmiotowego stosowania przepisów ustawy PTU, w tym stawek podatkowych dla świadczonych usług, ustawodawca posłużył się odesłaniem do klasyfikacji statystycznych, poprzez zapis w art. 8 ust. 3 ustawy o PTU, zgodnie z którym usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji z wyjątkiem usług elektronicznych i usług turystyki, o których mowa w art. 119.

Przepis art. 41 ust. 1 ustawy o PTU stanowi, jak wskazał Zamawiający, że stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Natomiast zgodnie z treścią art. 41 ust. 2 ustawy o PTU dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 PTU, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Z objaśnień do załącznika nr 3 ustawy o PTU wynika, że wykaz nie ma zastosowania dla zakresu sprzedaży towarów i świadczenia usług zwolnionych od podatku VAT lub opodatkowanych stawką 0% i 3%.

W myśl art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy o PTU w okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 30.04.2008 r. stosuje się stawkę wysokości 3% w odniesieniu do czynności, o których mowa w art. 5, których przedmiotem są

towary i usługi wymienione w załączniku nr 6 ustawy o PTU, z wyłączeniem wewnątrz wspólnotowej dostawy towarów i eksportu towarów. W załączniku nr 6 pod poz. 64 zostały wymienione „*Usługi związane z rolnictwem oraz chowem i hodowlą zwierząt, z wyjątkiem usług weterynaryjnych, podkuwania koni i schronisk dla zwierząt*” PKWiU ex 01.4 (ex - dotyczy tylko danego wyrobu/usługi z danego grupowania).

W celu prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT należy ustalić prawidłowy symbol PKWiU dla każdej ze świadczonych usług. W świetle zasad metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług zwanej dalej: „PKWiU” zaliczenie danego towaru lub usługi do odpowiedniego grupowania klasyfikacji należy do obowiązków usługodawcy. Wynika to z faktu, że to właśnie usługodawca posiada wszelkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia usługi do grupowania PKWiU. W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania, usługodawca może zwrócić się do Ośrodka Interpretacji Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi. W świetle powyższego dla usług związanych z wycinką drzew zaliczanych do usług w zakresie rolnictwa zaklasyfikowanych do symbolu PKWiU 01.41.12-00.00 - Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych w okresie od dnia 01.05.2004 r. do dnia 30.04.2008 r. na podstawie przejściowego przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT, stosowało się stawkę podatku VAT w wysokości 3%, natomiast od 01.05. 2008 r. zastosowanie ma stawka 7% wynikająca z załącznika nr 3.

Natomiast w poz. 153 załącznika nr 3: „*wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%, wymieniono usługi o symbolu PKWiU 90.0 - usługi w zakresie gospodarki ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne. W grupowaniu tym zawiera się pod symbolem PKWiU 90.00.2 Usługi w zakresie wywozu i zagospodarowania śmieci i odpadków oraz 90.00.23 Usługi w zakresie wywozu i zagospodarowania odpadów, pozostałe*”.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o PTU oraz pozycją nr 153 załącznika nr 3 winny być opodatkowane stawką podatku od towarów i usług w wysokości 7%.

Reasumując, właściwymi stawkami podatku VAT dla niniejszego zadania są:
- w zakresie wycinki drzew - 7%,
- w zakresie wywozu i zagospodarowania śmieci i odpadków oraz wywozu i zagospodarowania odpadów - 7%,
- pozostały zakres (m.in. wyburzenia) - 22%.

W dniu 03.02.2009 r. (faexm) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp firma: EKOBUD Sp. Jawna wniosła protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez Protestującego
2. dokonaniu wyboru oferty INTERPROMEX Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

W wyniku powyższych czynności Zamawiającego doszło do naruszenia:

- art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez błędne sformułowanie formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a w konsekwencji doprowadzenie do sytuacji, w której oferty poszczególnych wykonawców były w rzeczywistości nieporównywalne;
- art. 41 ust. 1 ustawy o VAT poprzez bezpodstawne odstępianie od zastosowania stawki podstawowej w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowił tzw. świadczenie złożone.

W oparciu o wyżej wymienione zarzuty Protestujący wniósł, w pierwszej kolejności o unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp

Z ostrożności, w razie nieuwzględnienia żądania unieważnienia postępowania, wniósł o:

1. uchylene czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem faktu, że treść oferty Protestującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
3. wybór oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp

W odniesieniu do żądania protestu o charakterze ewentualnym, Protestujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia żądania jego oferta Protestującego będzie ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Protestujący podniósł, iż zdaniem Zamawiającego oferta sporządzona przez niego zawierała błędy w obliczaniu ceny wynikające z określenia błędnej stawki podatku VAT. Zauważył, iż Zamawiający w pkt VI. 1 SIWZ jako załącznik nr 1 wprowadził pismo oznaczone jako: „*Formularz Ofertowy*”. Jednocześnie Zamawiający wskazał, jako jeden z elementów oferty: „*wypełniony czytelnie, podpisany przez Wykonawcę formularz ofertowy na druku lub według druku stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ*”. W treści formularza Zamawiający umieścił jedno miejsce na wskazanie oferowanej ceny netto, jedno miejsce na wskazanie należnej stawki podatku VAT, jedno miejsce na wskazanie kwoty podatku oraz jedno miejsce na wskazanie oferowanej ceny brutto.

Przed upływem terminu do złożenia ofert Zamawiający dwukrotnie, dnia 28.11.2008 r. oraz 11.12.2008 r., zmienił treść SIWZ (w tym załączników). W ostatnim ze wskazanych przypadków Zamawiający zmodyfikował również treść załącznika nr 1 do SIWZ. Protestujący zauważył, że zmiana ta nie została w żaden sposób uzasadniona, nie wynikała ona również z pytań czy zastrzeżeń wykonawców, przynajmniej zaś z tych, które ujawniono w informacji z dnia 11.12.2008 r. W treści zmodyfikowanego formularza Zamawiający „*podzielił*” świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia na dwie części, a mianowicie „*prace związane z wycinką drzew*” oraz „*pozostałe prace*”. Dla obu ze wskazanych pozycji

przewidział odrębne pola na wskazanie zaoferowanej ceny netto, stawki podatku VAT, kwoty podatku VAT oraz ceny brutto, a nadto łącznej ceny brutto dla obu pozycji. W uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty Zamawiający podzielił z kolei świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia na trzy części, a mianowicie na: „wycinkę drzew”, „wywóz i zagospodarowanie śmieci i odpadków oraz wywóz i zagospodarowanie odpadów” i „pozostały zakres (m.in. wyburzenia)”. Dla dwóch pierwszych pozycji jako rzekomo właściwą Zamawiający wskazał obniżoną stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 7%, a dla ostatniej pozycji stawkę podstawową 22%. Nie trzeba dogłębnej analizy, by stwierdzić zdaniem Protestującego, że pomiędzy stanowiskiem Zamawiającego w uzasadnieniach odrzucenia oferty Protestującego a treścią zmodyfikowanego formularza zachodzi ewidentna sprzeczność. Poza wszelkim sporem powinna pozostać okoliczność, że przygotowanie prawidłowej dokumentacji przetargowej stanowi obowiązek zamawiającego. Wynika to nie tylko z zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz szeregu innych postanowień Pzp (jak choćby z art. 29 ust. 2, czy art. 37), ale również z ugruntowanej linii orzeczniczej wprawdzie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, a następnie Krajowej Izby Odwoławczej zwanej dalej: „KIO”. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 509/08: *„Wzory formularzy oświadczeń są dlatego załączane do specyfikacji przez zamawiających, aby wykonawcy mieli pewność co do minimalnego zakresu danych koniecznych do podania w ofercie, aby ta oferta nie mogła być odrzucona ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. Wszystkie miejsca wymagane w takim wzorze do uzupełnienia powinny być wypełnione z należytą starannością a przynajmniej informacje tam wymagane powinny się znaleźć w treści oferty.”*. Z treści powołanego postanowienia SIWZ wynika, zdaniem Protestującego, że Zamawiający jako prawidłowe dopuszczał bądź to uzupełnienie formularza w takiej formie, w jakiej został sporządzony, bądź też sporządzenie oferty według treści formularza. Niewątpliwie w tym pierwszym wypadku nie istniała możliwość zastosowania stawek podatku VAT w sposób, który Zamawiający określił jako prawidłowy w uzasadnieniu odrzucenia oferty Protestującego. Jak wynika z szeregu orzeczeń, nie jest dopuszczalne ponoszenie przez wykonawców skutków błędów popełnionych przez Zamawiającego. Wystarczy w tym zakresie wskazać na jedną z tych zawartych w wyroku KIO z dnia 31.07.2008 r. w połączonych sprawach sygn. akt: KIO/UZP 724/08, KIO/UZP 725/08, KIO/UZP 726/08, KIO/UZP 733/08 oraz KIO/UZP 740/08: *„Niejasności i braki w opisie wymagań zamawiającego nie mogą ujemnie wpływać na ocenę treści złożonych przez wykonawców ofert”*. W niniejszej sprawie zachodzi, zdaniem Protestującego, podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Niniejsze postępowanie

w przedmiocie udzielenia zamówienia dotknięte jest bowiem wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Protestujący wyjaśnił, iż przygotowując formularz ofertowy Zamawiający w pierw w ogóle nie rozdzielił świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, następnie zaś rozdzielił go w sposób odmienny niż, jak się następnie okazało, uważa za prawidłowy. Doprowadził tym samym do złożenia przez wykonawców ofert zawierających różne stawki podatku VAT, co z kolei powoduje, że złożone oferty były ze sobą nieporównywalne i już z tego powodu uznać należy, że postępowanie nie odpowiada dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Pomimo tego Zamawiający dokonał czynności oceny ofert i wybrał ofertę najkorzystniejszą, przez co w sposób rażący naruszył powołany wyżej przepis. Powyższe stanowisko Protestującego znajduje silne oparcie w orzecznictwie arbitrażowym. Najbardziej miarodajne w sprawie, z uwagi na całkowicie analogiczny z niniejszą sprawą stan faktyczny, będzie sięgnięcie do tezy i uzasadnienia postanowienia Zespołu Arbitrów z dnia 26.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-733/07: *„Jeżeli przygotowując formularz ofertowy Zamawiający nie rozdzielił usług objętych różnymi stawkami podatku VAT oraz zwolnionymi z podatku, co dałoby możliwość wykonawcom zastosowania prawidłowych stawek VAT dla poszczególnych klasyfikacji usług, bądź nie wskazał, która z czynności (usług) ma charakter zasadniczy i przez to determinuje jedną należną stawkę podatku VAT, co doprowadziło do złożenia przez wykonawców ofert zawierających różne stawki podatku VAT i powodowało ich nieporównywalność, to zaistniała wada postępowania uniemożliwiająca podpisanie ważnej umowy”*. Niewątpliwie zatem w niniejszej sprawie uzasadnione i całkowicie konieczne jest unieważnienie postępowania.

Jedynie z ostrożności Protestujący wskazał, na wypadek uznania przez Zamawiającego, że nie zachodzi przypadek powodujący konieczność unieważnienia postępowania, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Protestującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, postąpił w sposób nieprawidłowy, naruszając w szczególności powołany na wstępie w zarzucie przepis art. 41 ust. 1 ustawy VAT. Stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia stanowił niewątpliwie swoisty konglomerat świadczeń o zróżnicowanym przedmiocie i zakresie. W takim wypadku z kolei może pojawić się sytuacja, w której poszczególne elementy świadczenia będą podlegały różnym stawkom podatku VAT, co zresztą podnosi Zamawiający. Pojawia się w takim wypadku zagadnienie tzw. świadczenia złożonego. W takiej sytuacji nie istnieje jednolity sposób rozwiązywania problemu zastosowania różnych stawek. W szczególności dopuszczalne jest zarówno wydzielenie w treści świadczeń elementów podlegających różnym stawkom, jak i wyodrębnienie w przedmiocie świadczenia elementu o charakterze podstawowym, a tym samym przesądzającym o zastosowaniu konkretnej stawki podatku VAT dla całego przedmiotu świadczenia. Niejednokrotnie w tej kwestii wypowiadał się Europejski Trybunał

Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 25.02.1999 r. w sprawie C-349/96 (*Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs & Excise*) Trybunał stwierdził, że: „z art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy wynika, że każde oświadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne oraz że czynność złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT”. W podobnym duchu wypowiadał się również polski Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21.05.2002 r. (III RN 66/01): „Podział jednorodnej, kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT.” Warto również zwrócić w tym miejscu uwagę na przywołane powyżej postanowienie Zespołu Arbitrów, który wskazał na dwa możliwe sposoby postępowania, a mianowicie bądź wyraźny podział świadczenia, bądź też jednoznaczne wskazanie jednego ze świadczeń jako podstawowego. W niniejszej sprawie Zamawiający obrał, do tego niekonsekwentnie, drogę pośrednią. Podzielił bowiem świadczenie w sposób, jaki następnie sam uznałby za nieprawidłowy. W takiej sytuacji, o ile nie przyjąć, że postępowanie powinno zostać z przyczyn wskazanych powyżej unieważnione, po stronie wykonawców powstało prawo wyboru sposobu opodatkowania zaoferowanych usług. W takiej sytuacji zaś obowiązkiem Zamawiającego było bądź to przyjęcie za prawidłowy dokonanego przez poszczególnych wykonawców wyboru, bądź też uznane za prawidłowe wyłącznie ofertę odpowiadającą w swej treści regule określonej w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, czyli ofertę Protestującego. Powołany przepis statuuje ogólną zasadę, w myśl której do czynności objętych podatkiem od towarów i usług znajduje zastosowanie stawka podstawowa, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. W niniejszej sprawie brak był tego rodzaju przepisów szczególnych, w związku z czym zastosowanie stawki podstawowej dla całego przedmiotu zamówienia było całkowicie uprawnione, a oferta w ten sposób sporządzona nie mogła podlegać odrzuceniu. Zamawiający jest zatem zobowiązany do przeprowadzenia ponownej czynności oceny ofert i, w konsekwencji, wybranie jako najkorzystniejszej, oferty Protestującego. Na poparcie niniejszej tezy, Protestujący wskazał, że aż 18 spośród 19 wykonawców, bez wyjątku podmiotów dysponujących znacznym doświadczeniem w zakresie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, obrało interpretację wskazaną przez Protestującego.

W dniu 04.02.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Dnia 06.02.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiła firma INTERPROMEX Sp. z o.o. Wskazał, iż ma interes prawny, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wnosimy o odrzucenie

protestu i podtrzymanie dotychczasowej decyzji Zamawiającego w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stwierdził, że zarzuty podniesione w proteście są bezzasadne i wniósł o ich oddalenie.

Podniósł, iż przepisy Pzp, odwołując się do pojęcia ceny w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 ze zm.) zwanej dalej: „*ustawą o cenach*”, przesądzają, iż uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą uwzględnić w swoich ofertach także podatek należny od danego towaru lub usługi będących przedmiotem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z przywołanymi przepisami cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, która kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, przy czym w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). Z dalszych przepisów Pzp nie wynika jednak, na jakich zasadach winno nastąpić określenie odpowiedniej stawki podatku VAT, a w szczególności, czy obowiązek w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym, czy też wyłącznie na Wykonawcy. Z Pzp nie sposób wywieść wniosku, że to zamawiający ma wskazać w SIWZ wiążącą wykonawcę stawkę podatku VAT. Wprawdzie SIWZ winna zawierać opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a kryterium tym w praktyce najczęściej jest cena, jednakże nie oznacza to, iż to do Zamawiającego należy określenie wszystkich elementów cenotwórczych. Celem części SIWZ obejmującej opis sposobów obliczania ceny jest bowiem zapewnienie, aby zamawiający otrzymał pełną informację o strukturze kosztów i powodach takiego, a nie innego ustalenia ceny oraz rzetelne rozliczenie w przyszłości umowy. Z drugiej strony Pzp nie nakłada również wprost na Wykonawcę obowiązku sporządzenia oferty z obowiązującą stawką VAT.

Wątpliwości istniejące w tym zakresie zostały częściowo rozstrzygnięte przez sądownictwo arbitrażowe, które od kilku już lat stoi na stanowisku, iż to wyłącznie po stronie Wykonawcy leży ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki podatku na dostarczane produkty lub wykonywane usługi. Zgodnie z tym stanowiskiem przyjmuje się, iż stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym, a co za tym idzie, Zamawiający nie ma obowiązku ani tym bardziej prawa do narzucania wykonawcom stawki VAT. Zamawiający w formularzu ofertowym pierwotnym jak formularzu ofertowym po modyfikacji pozostawił dowolność w określeniu przez Wykonawcę stawki podatku VAT. W konsekwencji wykonawcy samodzielnie winni określić stawkę VAT i uwzględnić ją w swojej ofercie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30.09.2005 r., sygn. akt: II ca 1063/05 i wyrok KIO z dnia 02.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 234/08). Stanowisko to z jednej strony opiera się na

założeniu, iż to wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem usług lub sprzedażą towarów objętych przedmiotem zamówienia, jest najlepiej przygotowany merytorycznie do ustalania odpowiedniej stawki podatku VAT. Dysponuje on bowiem, stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, doświadczeniem i wiedzą niezbędną do realizacji zamówienia, w tym wiedzą z zakresu prowadzenia ewidencji podatkowo-księgowej dokumentującej realizowane przez niego uprzednio podobne zamówienia. Zamawiający zaś nie zawsze będzie posiadał wystarczającą wiedzę w zakresie niezbędnym do prawidłowego ustalenia stawki opodatkowania. Z drugiej zaś strony jest to konsekwencja przepisów ustawy o VAT, które wykonawcę obciążają skutkami prawnymi zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT. Jednak fakt, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar ustalenia odpowiedniej stawki podatku VAT, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca mógł prawidłowo określić stawkę VAT, którą winno zostać objęte dane zamówienie publiczne. Z przepisu art. 29 ust. 1 Pzp wynika wprost, iż przedmiot zamówienia winien zostać opisany przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Właściwa stawka podatku VAT jest z pewnością jedną z takich okoliczności, które mają wpływ na cenę, a co za tym idzie, na kształt oferty - Zamawiający w SIWZ jednoznacznie przedstawił zakres przedmiotu zamówienia, w którym zgodnie z przedmiarem robót należało wykonać: usunięcie odpadów komunalnych, wycinkę drzew, inwentaryzację drzew, roboty rozbiórkowe pozostałości budynków oraz dokonać zbiórki i usunięcia z terenu odpadów tj.: papy, płyt budowlanych i asfaltu, posługując się przy tym klasyfikacją robót wg. Wspólnego Słownika Zamówień - CPV. Ponadto we wzorze umowy Zamawiający określił sposób rozliczenia robót z wykonawcą w formie kosztorysowej, fakturami częściowymi wystawionymi za zakończone etapy robót.

Mając powyższe na uwadze, wykonawca powinien czytając SIWZ, zwrócić uwagę na te zapisy, które są istotne przy ustaleniu stawki podatku VAT.

Stwierdził także, że skoro Protestujący miał wątpliwości co do odpowiednich stawek podatku VAT tzn., czy jest to konglomerat świadczeń o zróżnicowanym przedmiocie i zakresie z różnymi stawkami podatku VAT, czy też że świadczenie podstawowe swoją stawką VAT rzutuje na cały zakres zamówienia (powołanie się na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i wypowiedź polskiego Sądu Najwyższego) to te i wszystkie inne wątpliwości w tym zakresie powinni wyjaśnić w trybie pytań do Zamawiającego bądź w drodze oprotestowania zapisów SIWZ. Jest to szczególnie istotne w świetle skutków ustalenia przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie arbitrażowym, oferta wykonawcy zawierająca tego typu błąd winna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (wyrok KIO z dnia 25.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 342/08). Błąd w ustaleniu stawki VAT polegający na ustaleniu jej w sposób

niezgodny z obowiązującymi przepisami podatkowymi to, zgodnie z zapatrywaniem doktryny i orzecznictwa, błąd, który nie może być uznany za oczywista omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny i jako taki jest to błąd niedający się poprawić co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Zastosowanie błędnej stawki podatku VAT jest błędem polegającym na przyjęciu niewłaściwych danych do obliczenia ceny, wynikającym np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego i w praktyce przeważnie wynika on z wątpliwości powstałych przy stosowaniu przepisów prawa podatkowego. Warto jednak zauważyć, iż Zamawiający przed oceną ofert i odrzuceniem którejkolwiek z nich sam musiał wcześniej ustalić, jaka stawka podatku VAT winna zostać zastosowana przez Wykonawców. Zamawiający takich ustaleń dokonał i na ich podstawie wykonał czynności związane z oceną ofert, odrzucając oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny z uwagi na nieprawidłową stawkę VAT i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za prawidłowe uznając zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy VAT oraz poz. Nr 153 załącznika nr 3, iż właściwymi stawkami VAT dla niniejszego zadania są:

- w zakresie wycinki drzew PKWiU 01.41.12-00.00 - 7 %
- w zakresie zbiórki i usunięcia odpadów PKWiU 90.00.23-00.00 - 7 %
- w zakresie robót rozbiórkowych PKWiU 45.11.11-00.10 - 22%

Przystępujący do protestu podkreśla, że dla podobnych zadań, w których zakresie znajdowały się w/w czynności stawki podatku VAT określone zostały przez organ podatkowy, Urząd Skarbowy w Będzinie (zał. nr 2), w odpowiedzi na pismo zainteresowanego (zał. nr 1).

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 12.02.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Zarzuty postawione przez Protestującego Zamawiający uznał za nieuprawnione. Podniósł, iż stosownie do art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w części III SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie określił w SIWZ właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki VAT, nie wskazywał również, że przedmiot zamówienia stanowi tzw. świadczenie złożone. Wykonawcy nie zadali pytania w tym zakresie przed składaniem ofert.

Dlatego też, obowiązek ustalenia właściwej stawki podatku VAT i ewentualne ryzyko z tym związane - podanie błędnej stawki VAT w ofercie stanowi skutkujący odrzuceniem błąd w obliczeniu ceny - spoczywa na Wykonawcach (tak: wyrok KIO/UZP/737/08).

Zamawiający nie wskazywał w SIWZ, że w formularzu należy wykazać jedną stawkę VAT i nie przesądza o tym ilość miejsca na wpisanie właściwej stawki, jak również ilość miejsca na kwotę podatku i oferowaną cenę brutto.

Zmiana formy formularza ofertowego wynikała z zapisów SIWZ dotyczących etapizowania realizacji przedmiotu zamówienia. Etap I - wycinka i rozdrobienie drzew i krzewów. Etap II - pozostałe prace (roboty rozbiórkowe i usunięcie gruzu). Etapy te wykonywane winny być w ściśle określonych terminach.

Jedyną podstawą unieważnienia postępowania, o co wnosi Protestujący, mogłoby być jednoznaczne przesądzenie w SIWZ przez Zamawiającego o stawce VAT w sposób niezgodny z przepisami podatkowymi. Sytuacja taka nie miała miejsca.

Wnoszący protest na poparcie swoich argumentów nie przedłożył Zamawiającemu żadnych dowodów wskazujących na błędne zastosowanie przepisów prawa w zakresie odrzucenia jego oferty czy też wyboru oferty najkorzystniejszej w szczególności interpretacji przepisów prawa podatkowego w tym zakresie. Tym samym Zamawiający, jak wskazał, nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W dniu 17.02.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski oraz argumentację z protestu. Dodatkowo wskazał, iż naruszenie art. 7 ust.1 Pzp doprowadziło w konsekwencji także odrzucenie ofert 18 z 19 wykonawców - za wyjątkiem wykonawcy, w którym Zamawiający jest jedynym współnikiem.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu Odwołujący stwierdził, iż w treści SIWZ od samego początku występował zarówno podział przedmiotu zamówienia na etapy, jak i odrębne wskazanie terminów na ich zakończenie (pkt III oraz IV SIWZ). Dopiero przy okazji drugiej zmiany SIWZ (i załączników do niej) Zamawiający zmodyfikował brzmienie „*Formularza ofertowego*”, dzieląc przedmiot zamówienia na dwie części. Jednakże, podział nie został dokonany ze wskazaniem, że pierwsze pole dotyczy Etapu I, a drugie Etapu II, lecz w sposób odmienny wskazany w proteście.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu w żaden sposób nie uzasadnił również, dlaczego modyfikacji dokonał dopiero na etapie drugiej zmiany SIWZ, a przede wszystkim, dlaczego posłużył się oznaczeniami odmiennymi niż wskazane w treści SIWZ.

Zamawiający nie wskazał wreszcie, czemu miała służyć wspomniana zmiana „*Formularza ofertowego*”. Rozdzielenie nie miało bowiem najmniejszego wpływu na kryterium oceny złożonych ofert, a Zamawiający nie dopuszczał złożenia ofert częściowych (pkt XVII SIWZ). W dodatku wykonawca, który został wybrany w wyniku postępowania musiał i tak zmodyfikować treść „*Formularza ofertowego*”, aby wprowadzić stawki VAT zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Ponadto, dodając do uzasadnienia tożsamego z uzasadnieniem z protestu, iż naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp uznać należy za tym bardziej rażące, że w przedmiotowym postępowaniu oczekiwań Zamawiającego w odniesieniu do „*prawidłowych*” stawek podatku

od towarów i usług nie spełniło aż 18 z 19 wykonawców, a spełnił je tylko i wyłącznie Przystępujący - wykonawca, którego jedynym współnikiem jest Zamawiający. Przypadek, że akurat ten wykonawca „trafił” w oczekiwania Zamawiającego rodzą uzasadnione przypuszczenia, że uzyskał on informacje tego dotyczące drogą wykraczającą poza ramy postępowania w przedmiocie udzielenie zamówienia publicznego.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 18.02.2009 r. Zamawiający przekazał firmie INTERPROMEX Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 02.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) INTERPROMEX Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosił o oddalenie odwołania i podtrzymanie dotychczasowej decyzji Zamawiającego w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty i ostatecznego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu. Uznał, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne i wnosił o ich oddalenie. Przystępujący podtrzymał całą argumentację z przystąpienia do protestu załączył także stosowne załączniki. Dodatkowo załączając Informacje Izby Skarbowej w Katowicach Nr PPB1-443/768/04.

Przystępujący do odwołania podkreśla że dla podobnych zadań, w których zakresie znajdowały się w/w czynności stawki podatku VAT określone zostały przez organ podatkowy, Urząd Skarbowy w Będzinie (zał. nr 2), w odpowiedzi na pismo zainteresowanego (zał. nr 1).

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.03.2009 r. (pocztexem) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło od Zamawiającego stanowisko dotyczące odwołania. Zamawiający podtrzymując stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu i wnosząc o oddalenie odwołania, stwierdził w nim, iż jak wynika z wyroku z dnia 13.06.2003 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt: V Ca 222/03 Zamawiający nie jest zobowiązany do posiadania szczegółowej informacji na temat obowiązujących stawek VAT. To na oferentach ciąży obowiązek wyjaśnienia tej kwestii jeszcze przed złożeniem oferty. Postanowienia SIWZ w tym zakresie nie były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego. Wykonawcy nie zgłaszali żadnych wątpliwości w tym zakresie w formie pytań, wniosków, protestów itp. W niniejszym postępowaniu złożonych została 19 ofert. Spośród złożonych ofert w jednej Wykonawca przyjął stawki VAT w wysokości 7 i 7% (oferta nr 9), w jednej stawki VAT w wysokości 7, 7 i 22% (oferta nr 15), w trzech ofertach stawki 7 i 22% (oferty nr 10,11,17). Pozostałe oferty zawierały stawki VAT 22%.

Zróznicowanie stawek VAT przyjętych do obliczenia ceny oferty było podstawą dla komisji przetargowej dokonania wnikliwej analizy obowiązujących przepisów podatkowych w tym zakresie i prawidłowego ustalenia podatku VAT. Przedmiotowa analiza wykazała, że w niniejszym postępowaniu właściwe stawki VAT to:

- w zakresie wycinki drzew - 7%,
- w zakresie wywozu i zagospodarowania śmieci i odpadków oraz wywozu i zagospodarowania odpadów - 7 %,
- pozostały zakres (m.in. wyburzenia) - 22%.

Uzasadnieniem powyższego ustalenia jest opis przedmiotu zamówienia wraz z odesłaniem do kodów CPV odpowiadających usługom realizowanym w ramach przedmiotu zamówienia zawartych w SIWZ i przedmiarze robót tj.:

90100000-8 Usługi gromadzenia i utylizacji odpadów i nieczystości

90000000-7 Usługi usuwania odpadów i nieczystości; usługi higieniczne i dotyczące środowiska naturalnego

74210000-4 Techniczne usługi doradcze

77211400-6 Usługi wycinania drzew

45112600-1 Wycinanie i napełnianie

45111000-8 Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne

45110000-1 Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne

45111290-7 Roboty przygotowawcze do świadczenia usług

45111300-1 Roboty rozbiórkowe

45111220-6 Roboty w zakresie usuwania gruzu

z odniesieniem do przepisów ustawy VAT. Szczegółowe uzasadnienie znajduje się w rozstrzygnięciach Zamawiającego dotyczących odrzucenia oferty i oddalenia protestu. Potwierdzenie prawidłowości rozstrzygnięć Zamawiającego znajduje oparcie w interpretacjach przepisów praw podatkowego w szczególności interpretacja przepisów prawa podatkowego Urzędu Skarbowego w Będzinie złożona wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu oraz orzecznictwa sądowego np. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu I SA/Wr951/08. Zamawiający wskazał, iż podkreślenia wymaga fakt, że wnoszący odwołanie na poparcie swoich argumentów i też nie przedstawił dowodów wskazujących na błędne zastosowanie przepisów prawa w zakresie odrzucenia jego oferty w szczególności interpretacji przepisów prawa podatkowego w tym zakresie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, treścią oferty Odwołującego oraz pismem Przystępującego z dnia 17.05.2004 r. (L.dz. GK/15/05/2004) skierowanym do Naczelnika Urzędu Skarbowego w Będzinie, informacją udzieloną w odpowiedzi przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Będzinie z dnia 15.07.2004 r. nr US IV PP/A/34/74/04, czy też uzupełnieniem wskazanej informacji dokonany przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 03.12.2004 r. nr PPBI-443/768/04, jak również interpretacją indywidualną z dnia 23.04.2008 r. nr ITPP1/443-163/08/KM dokonaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, a załączoną do protokołu postępowania przez Zamawiającego w ramach przesłanej do KIO dokumentacji, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy oferta ta cenowo była korzystniejsza od oferty wybranej przez Zamawiającego, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jego oferta jest bowiem korzystniejsza cenowo od oferty Przystępującego, a inni Wykonawcy zostali skutecznie wykluczeni z udziału w postępowaniu. Ich oferty zostały odrzucone.

Powyższe odnosi się także do żądania unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż w ocenie Izby, interes prawny posiada także Wykonawca, którego interes prawny doznał uszczerbku lub może go doznać w wyniku samego domniemania naruszenia określonych przepisów Pzp przez Zamawiającego w postępowaniu. Warunkiem jest, aby Wykonawca wykazał, iż na skutek nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, nie może uzyskać zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba działając na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzut ten sprowadzony przez Odwołującego do prowadzenie postępowania w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez błędne sformułowanie formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ, a w konsekwencji doprowadzenie do sytuacji, w której oferty poszczególnych wykonawców były w rzeczywistości nieporównywalne. Konsekwencją tego zarzutu było żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z racji zaistnienia faktycznych podstaw w niniejszej sprawie zastosowania przywołanego przepisu.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-2) oraz informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 25.02.2009 r., została oszacowana na 252.573,77 zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym 3,8771 i obowiązującym na podstawie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1762) stanowi 65.145,00 euro. Zatem wartość zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro (wartość tzw. progu UE do robót budowlanych).

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli dla robót budowlanych wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że od rozstrzygnięcia każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, nie zawsze można skorzystać z prawa do odwołania. Ograniczenie to dotyczy tzw. postępowania poniżej progów unijnych. Protest w tych postępowaniach można bowiem wnieść, na każdą czynność w postępowaniu lub konkursie, jak i na zaniechanie czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp. Zaś w świetle przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności wskazanych w przywołanym przepisie. W katalogu tych czynności nie ujęto natomiast przypadków czynności lub też zaniechania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje. W przedmiotowym stanie faktycznym

Odwołujący domagał się unieważnienia postępowania uznając, iż mimo zaistniałych okoliczności Zamawiający zaniechał wskazanej czynności.

Treść art. 184 ust. 1a Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, związane z pozbawieniem go szans na uzyskanie zamówienia, tj. dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5 150 000 euro, jednakże z: *„wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”*

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp, Izba rozpoznawała odwołanie tylko w odniesieniu do zarzutu związanego z odrzuceniem oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp.

Izba zwraca także uwagę, iż Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, z tych też względów ograniczony został tylko zakres rozpoznawanych przez Izbę zarzutów.

Ponadto, Izba stwierdza, że okolicznością dodatkową przemawiająca za nie rozpoznawaniem powyższego zarzutu był niepodważalny fakt, iż jego przedmiotem były *de facto* zarzuty dotyczące SIWZ, a konkretnie *„Formularza ofertowego”*. Termin na podnoszenie tych zarzutów bezsprzecznie upłynął.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 41 ust. 1 ustawy o VAT poprzez bezpodstawne odstąpienie od zastosowania stawki podstawowej w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowił tzw. świadczenie złożone, z uwzględnieniem okoliczności tego rodzaju, iż treść oferty Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, czyli naruszenia przez Zamawiającego także art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, Izba uznał ww. zarzut za niezasadny.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu, skład orzekający Izby na podstawie postanowień SIWZ, przedmiarów robót, czy też specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, ustalił, co następuje:

Zamawiający w pkt. III SIWZ określił przedmiot zamówienie tak z nazwy: *„Uporządkowanie terenu inwestycyjnego w dzielnicy Warpie planowanego do uzbrojenia w ramach projektu „Gospodarcza Brama Śląska” - Etap I: Uruchomienie Zagłębiowskiej*

Strefy Gospodarczej – Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego”, jak i poprzez wskazanie kodów CPV: „45111290-7 Roboty przygotowawcze do świadczenia usług, 45111300-1 Roboty rozbiórkowe, 45111220-6 Roboty w zakresie usuwania gruzu, 77211400-6 Usługi wycinania drzew”. Dokonując szczegółowego opisu przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał jego zakres:

„Etap I: Wycinka i rozdrobnienie drzew i krzewów do lat 5 na obszarze będącym własnością gminy Będzin, która nie wymaga zgody w formie decyzji administracyjnej.

Etap II:

1. Usunięcie materiałów odpadowych typu: gruz i żelbetonowe elementy budowlane, asfalt drogowy – zakwalifikowanych do grupy 17 zgodnie z katalogiem odpadów tj. „Odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej”. (..)

2. Usunięcie odpadów komunalnych zakwalifikowanych do grupy 20 zgodnie z katalogiem odpadów tj. „Odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie”. (...)

3. Prace rozbiórkowe (...)

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż szczegółowy zakres prac określa przedmiar robót oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych wraz z dokumentacją techniczną stanowiącą załączniki do SIWZ. W ramach tych dokumentów Zamawiający ustalił również dodatkowe kody CPV odpowiadające usługom realizowanym w ramach przedmiotu zamówienia: „90100000-8 Usługi gromadzenia i utylizacji odpadów i nieczystości

45112600-1 Wycinanie i napełnianie

74210000-4 Techniczne usługi doradcze

45111000-8 Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne

45110000-1 Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne

90000000-7 Usługi usuwania odpadów i nieczystości; usługi higieniczne i dotyczące środowiska naturalnego”.

Ponadto, ustalone dla obu etapów prac odrębnie ustalono wymagane terminy realizacji zamówienia (pkt IV SIWZ oraz § 3 załącznika nr 3 do SIWZ).

Poza tym, w pierwotnym formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający określił, iż dany Wykonawca: „na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferuję wykonanie zadania za kwotę kosztorysową” netto, plus należny podatek VAT (z wymogiem podania stawki, jak i samej kwoty) oraz kwoty brutto.

W dniu 11.12.2008 r. Zamawiający zmodyfikował treść formularza ofertowego określając, iż: „na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferuję wykonanie zadania za kwotę kosztorysową” oddzielnie „za prace związane

z *wycinką drzew*” i oddzielnie „za pozostałe prace”, z wymogiem wskazania stawki VAT i samej jej kwoty.

Odwołujący w ramach formularza ofertowego „za prace związane z wycinką drzew” podał stawkę podatku VAT 22 %, zaś „za pozostałe prace” podał stawkę podatku VAT także 22 %. Zamawiający pismem z dnia 21.01.2009 r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując m.in., iż właściwymi stawkami podatku były: - w zakresie wycinki drzew - 7%, - w zakresie wywozu i zagospodarowania śmieci i odpadków oraz wywozu i zagospodarowania odpadów - 7%, - pozostały zakres (m.in. wyburzenia) - 22%. Powyższe stawki zostały podane przez Przystępującego.

Analizując w/w zapisy SIWZ, przedmiarów robót, czy też specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę stawki 22% VAT „za prace związane z wycinką drzew”, jak i „za pozostałe prace”.

Po drugie, Izba zwraca uwagę na konkretny stan faktyczny w niniejszej sprawie. Mianowicie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, stawka podatku VAT nie została w żaden sposób określona i narzucona przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, jako wiążąca dla wykonawców. Nie została także określona przez Zamawiającego w SIWZ okoliczność tego rodzaju, iż przedmiot zamówienia stanowi tzw. świadczenie złożone i wobec powyższego ma do niego w całości zastosowanie stawka podstawowa.

Po trzecie, Izba wskazuje, iż co do zasady towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. Jednakże, stawka podstawowa ma zastosowanie wówczas, gdy ustawa bezpośrednio (bądź poprzez rozporządzenia) oraz w sposób wyraźny nie przewiduje zastosowania dla danej czynności innej (niższej) stawki podatku.

Po czwarte, należy stwierdzić, że Izba nie jest organem uprawnionym do formalnego rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej jednak skład orzekający Izby wyraża pogląd, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy

o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy – jest cena brutto, istotnym jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Tak więc istotne jest również jaką stawkę podatku VAT wykonawca ujął w cenie ofertowej (cenie brutto). Podatek VAT – stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach – wchodzi bowiem w zakres tej ceny.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby, rozpatrując niniejsze odwołanie, oparł się przede wszystkim na stanowisku Naczelnika Urzędu Skarbowego w Będzinie oraz interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy – organach uprawnionych z mocy prawa do dokonywania wykładni przepisów podatkowych oraz na przepisach ustawy o VAT.

Z treści obu interpretacji wynika, iż usługi w zakresie wywozu i zagospodarowania odpadów, pozostałe sklasyfikowane w PKWiU poz. 90.00.23-00.00 – objęte są stawką podatku VAT 7%, usługi w zakresie wywożenia odpadów - PKWiU poz. 90.00.21-00.00 – objęte są stawką podatku VAT 7 %, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych do dnia 30.04.2008 r. – PKWiU poz. 01.41.12-00.00 – objęte są stawką podatku VAT 3 %.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 7 %, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 tej ustawy. W ramach załącznika nr 3 pod poz. 135 znajdują się *„Usługi związane z rolnictwem oraz chowem i hodowlą zwierząt, z wyjątkiem usług weterynaryjnych, podkuwania koni i schronisk dla zwierząt”* (PKWiU ex 01.4: ex – dotyczy tylko danego wyrobu/usługi z danego grupowania). Wynika z powyższego, iż usług związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, które klasyfikuje się pod poz. 01.41.12-00.00 PKWiU, czyli także wycinki drzew, korzystały - w okresie od dnia 01.05.2004 r. do dnia 30.04.2008 r. na podstawie przejściowego przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT- ze stawki podatku w wysokości 3%. Natomiast od 01.05.2008 r. właściwą stawką dla świadczonych przez Wnioskodawcę usług będzie stawka 7%, zgodnie z dyspozycją art. 41 ust. 2 ustawy o VAT (załącznik Nr 3 poz. 135).

Usługi w zakresie gospodarki ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne o symbolu PKWiU 90.0 z kolei znajdują się pod poz. 153 załącznika nr 3 do ustawy o VAT i bezsprzecznie, na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, ma zastosowanie do nich, czyli także w zakresie zbiórki i usuwania odpadów, stawka 7 %.

W pozostałym zakresie m.in. robót rozbiórkowych (PKWiU 45.11.11-00.10) ma zastosowanie stawka podstawowa – 22 %.

Przedłożone interpretacje podatkowe dotyczą co prawda konkretnych spraw i w tym zakresie są wiążące, niemniej jednak skład orzekający Izby uznał, że stanowiska w nich

wyrażone są istotne dla stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania, tym bardziej iż mają oparcie w przepisach ustawy o VAT. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń nie przedłożył żadnych dowodów (opinii właściwego organu podatkowego, czy statystycznego), a to na nim stosownie do art. 6 kc spoczywa ciężar udowodnienia pewnych faktów, z których wywodzi określone skutki prawne. Co więcej Odwołujący nie wystąpił samodzielnie do właściwego urzędu skarbowego, czy izby skarbowej o wydanie wiążącej interpretacji w tej sprawie. Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał za zasadne przyjęcie jako dowodu w niniejszym postępowaniu przywoływanych interpretacji.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że w sposób wystarczający potwierdziła się okoliczność skutkująca koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Ponadto, Izba stwierdza, iż uznała twierdzenia Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu ma miejsce świadczenie o charakterze złożonym, za chybione. Po pierwsze, dlatego, iż jak wykazano powyżej ustawa o VAT bezpośrednio oraz w sposób wyraźny przewiduje zastosowania dla danych czynności objętych przedmiotem niniejszego zamówienia innej (niższej) stawki podatku. Po drugie, samo świadczenie nie ma charakteru jednorodnego, kompleksowego świadczenia, które zostałyby w sposób sztuczny podzielone na dwa etapy (części), jak podnosił Sąd Najwyższy w wyroku cytowanym w proteście i odwołaniu, wskazując na świadczenie o charakterze złożonym. Zgodnie bowiem z SIWZ: Etap I: to - Wycinka i rozdrobnienie drzew i krzewów do lat 5, a Etap II: 1. Usunięcie materiałów odpadowych typu: gruz i żelbetonowe elementy budowlane, asfalt drogowy 2. Usunięcie odpadów komunalnych, 3. Prace rozbiórkowe. Przyjęcie takiego logicznego ujęcia przedmiotu zamówienia sprawia, iż nie można mówić o dokonaniu sztucznego jego podziału w celach podatkowych.

W tym miejscu Izba stwierdza, iż nie neguje wskazanych przez Odwołującego na rozprawie wyroków ETS oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, uznaje jednakże, iż nie mają one odniesienia do przedmiotowego stanu faktycznego.

Izba także wskazuje, iż co do właściwego określenia stawki podatku VAT istotne znaczenie ma - Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług. Kod CPV ma na celu wyłącznie opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast dla celów podatkowych co najwyżej mógłby mieć znacznie pomocnicze. Przy czym wyraźne wskazanie tak w SIWZ, jak i w przedmiarach oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót określonych kodów CPV, jak i zakresu przedmiotu zamówienia w pkt III SIWZ, pozwalało - w ocenie Izby - na jednoznaczne określenie należnych stawek podatku VAT.

Co do stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, iż: *„świadczeniem zasadniczym są roboty budowlane, zaś inne usługi nie mają znaczenia ekonomicznego bez*

świadczenia zasadniczego”, jak również, iż: „*usługi te powinny dzielić los podatkowy świadczenia zasadniczego, które winno je determinować*”, Izba stwierdza, że niniejsze stanowisko nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym. Przedstawione na rozprawie wyliczenia procentowe nie miały charakteru obiektywnego i opierały się wyłącznie na ofercie cenowej Odwołującego i jego indywidualnej kalkulacji ceny oferty. W przypadku każdej innej oferty byłyby one odmienne. Z tych względów Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż świadczeniem zasadniczym, determinującym konieczność zastosowania jednej stawki podatku VAT, są roboty budowlane, tj. m.in. roboty rozbiórkowe. Poza tym, Izba konsekwentnie uznała, iż twierdzenie, że inne usługi nie mają znaczenia ekonomicznego bez świadczenia zasadniczego w przedmiotowym stanie faktycznym uznać należy za nadinterpretację Odwołującego. Tak bowiem z samych etapów, jak i ich zakresów wynika, zdaniem Izby wręcz, coś odmiennego. Wskazać bowiem należy, iż wycinka drzew może być realizowana tak przed, jak i razem, czy też po robocie budowlanej wynikającej z przedmiotu zamówienia, zaś utylizacja odpadów może służyć równie dobrze do zagospodarowania terenu.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, poprzez bezpodstawne odstępianie od zastosowania stawki podstawowej w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowił tzw. świadczenie złożone, z uwzględnieniem okoliczności tego rodzaju, iż treść oferty Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, czyli naruszenia przez Zamawiającego także art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*