

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. B. R. D. Z. Spółka akcyjna we W., R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we W.**

przy udziale wykonawcy **A. A.A. S. Spółka jawna w L.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. B. R. D. Z. Spółka akcyjna we W., R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. B. R. D. Z. Spółka akcyjna we W., R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. B. R. D. Z. Spółka akcyjna we W., R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W.** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział we W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na bieżące utrzymanie dróg krajowych nr A-4,3,3b, 94 na terenie Rejonu w L. z podziałem na zadania.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 sierpnia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Z. B. R. D. Z. Spółka akcyjna we W., R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie, w zakresie zadania 4 – prace utrzymaniowe, od niezgodnej – ich zdaniem - z przepisami ustawy czynności zamawiającego, związanych z badaniem, oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty, podjętych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie przez zamawiającego oceny ofert zawierających różne stawki podatku od towarów i usług (VAT), przez co nie dających się porównać („nieporównywalnych”);
- 2) 89. ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej nieusuwalny błąd przy obliczeniu ceny, a polegający na podaniu stawki podatku od towarów i usług VAT niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnieśli o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty A. A. S. Sp. j. w L. (przystępujący)
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny złożonych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.);

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty zawierającej błąd w wyliczeniu ceny, którego nie można poprawić biorąc pod uwagę obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy P.z.p.

Odwołujący oświadczyli, że posiadają interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ oferta odwołujących jest ofertą drugą w rankingu złożonych w tym postępowaniu ofert, nie podlega odrzuceniu i spełnia wszystkie wymogi zawarte w s.i.w.z. W świetle kryteriów określonych w s.i.w.z., oferta odwołujących powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Pozbawienie uzyskania zamówienia przez odwołujących poprzez wybór oferty przystępującego naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia oraz utratę wynikającego stąd przychodu.

Odwołujący zastosowali do wyliczenia wartości pozycji 46 kosztorysu stawkę podatku VAT 23% i zaznaczyli, że jest to prawidłowe wyliczenie ceny. Przystępujący zastosował natomiast stawkę preferencyjną – 8%.

W ocenie odwołujących, wybrana oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny. Błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi bowiem błąd w obliczeniu ceny i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. skutkować powinien odrzuceniem oferty tego wykonawcy, który zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Odwołujący zwrócili uwagę, że omawiana pozycja „46” obejmuje w sobie konieczność wykonania dwóch rodzajów czynności:

- przeglądy,
- oczyszczanie,

które zamawiający połączył w jedną pozycję.

Odwołujący zaznaczyli, że gdyby występowały każda oddzielnie, to wtedy do pozycji obejmującej oczyszczanie ma zastosowanie preferencyjna stawka VAT.

Odwołujący podkreślili, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie podatku od towarów i usług, wykonywanie przeglądów technicznych w tym np. separatorów mieści się w grupie PKWiU 71.20.19.0 "Pozostałe usługi w zakresie badań i analiz technicznych", które winny być opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 23%. Przyjęcie dla poz. 46 stawki preferencyjnej jest błędem, ponieważ prace nią objęte to nie tylko czynność utrzymania w czystości/czyszczenia urządzeń (a na pewno nie przesądza o jej ocenie dla celów podatkowych), ale przede wszystkim obowiązkowe, systematyczne przeglądy,

konieczność wykonania których wynika z dokumentacji urządzenia. Dopiero od analizy i oceny dokonanych w czasie przeglądu parametrów i stanu urządzenia zależy czy będzie wykonywane jego czyszczenie czy nie. Nie zawsze przegląd kończy się czyszczeniem - to w trakcie przeglądu ustala się czy czyszczenie jest konieczne czy nie.

Odwołujący stwierdzili, że ich podwykonawcy wykonujący analogiczne roboty - „przeład i oczyszczanie separatorów na zlecenia w ramach umów realizowanych u zamawiającego stosują stawkę VAT 23%.

O wątpliwościach co do prawidłowego wyliczenia ceny w ofercie złożonej przez przystępującego odwołujący poinformowali zamawiającego, kierując do niego w dniu 23.06.2017r. pismo znak ZBWR/HO/ER/17/731 z dnia 22.06.2017r. - licząc na wnikliwe przeanalizowanie i wyjaśnienie rozbieżności i wątpliwości. Jednak pismo to pozostało bez odpowiedzi.

Odwołujący zaznaczyli, że w innych postępowaniach prowadzonych w tym samym czasie przez tego samego zamawiającego, na roboty i usługi bieżącego utrzymania dróg, zamawiający samodzielnie w kosztorysach określił stawki podatku VAT dla poszczególnych robót.

Odwołujący stwierdzili, że błędne wyliczenie ceny w związku z zaniżeniem stawki podatku VAT, w tym przypadku doprowadziło do zaniżenia ceny i wartości końcowej oferty, zaś brak reakcji i wyjaśnienia tej sprawy przez zamawiającego zawiera znamiona nierównego traktowania wykonawców. Gdyby przystępujący zastosował do wyliczenia ceny, prawidłową, podstawową stawkę podatku VAT 23% - zgodnie z przepisami dla poz. 46 z grupy robót 1 - to cena jego oferty brutto wyniosłaby 7 010 421,30 zł.

Odwołujący powołali się na uchwały Sądu Najwyższego sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, zgodnie z którymi, zamawiający jest zobowiązany badać, czy wykonawca prawidłowo przyjął w ofercie stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest elementem cenotwórczym, mającym niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Działanie takie ma zapewnić stan porównywalności ofert, z uwzględnieniem uczciwej konkurencji, tak aby nie zostało zaburzone dokonywanie oceny ofert, w których ceny byłby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że opis czynności, jakie należy wykonać w ramach pozycji 46 zawarty jest w pkt 5.3.1 i 5.3.2.STWiOR i chodzi tu o generalne czyszczenie przy użyciu pompy ssącej i o kontrolę stanu technicznego, czyli sprawdzenie, czy nie ma

widocznych uszkodzeń, nie jest to przegląd urządzeń. Do czynności tych stosuje się preferencyjną stawkę podatku VAT.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z opisem zawartym w s.i.w.z. / ID w pkt. 15. C, w tym postępowaniu Wykonawcy składający oferty mieli obowiązek wyliczyć cenę oferty w oparciu o kosztorys ofertowy zawierający ceny jednostkowe netto wraz z oddzielnym doliczeniem do każdej pozycji odpowiednio wartości odpowiadającej należnego dla danej roboty stawki podatku VAT. Suma tych wszystkich elementów składa się na wartość oferty do porównania i oceny w kryterium cena. Zamawiający sporządził i przekazał wykonawcom wzór kosztorysu, który jako formularz 2.2. stanowił integralną część s.i.w.z.

Zamawiający nie podał w treści s.i.w.z. stawki podatku VAT, która powinna być doliczona do cen jednostkowych poszczególnych usług.

Zakwestionowana pozycja 46 jest opisana jako „Przeglądy i utrzymanie separatorów. Zgodnie z pkt 1.3. Szczegółowej specyfikacji technicznej, ustalenia zawarte w specyfikacji dotyczą zasad prowadzenia robót związanych z oczyszczeniem (odbiór i utylizacja odpadów) oraz przeglądem urządzeń podczyszczających wody opadowe (separatory wraz z osadnikami). Punkty 5.3.1 i 5.3.2. zawierają wykaz poszczególnych czynności, jaki należy wykonać w ramach tego zadania. I tak:

5.3. Czyszczenie oraz przegląd separatora wraz z osadnikiem

Przewidywane rodzaje odpadów:

13 05 02 – szlamy z odwadniania olejów w separatorach

13 05 08 – mieszanina odpadów z piaskowników i z odwadniania olejów w separatorach

5.3.1. Generalne czyszczenie (przy użyciu pompy ssącej i wozu asenizacyjnego):

- odessać wierzchnią pływającą warstwę cieczy lekkich,
- wypompować warstwę wody,
- wypompować osiadłą na dnie zawiesinę opadającą,
- usunąć piasek i szlam z osadnika,
- dokładnie umyć wnętrze urządzenia,
- oczyścić wkład koalescencyjny (sekcję lamelową lub żaluzję – w zależności od typu zbiornika),

- sprawdzić urządzenia oraz usunąć ewentualne nieszczelności (np. za pomocą pianki uszczelniającej),
- urządzenie napełnić wodą aż do przelewu na wylocie.

5.3.2 Kontrola stanu technicznego

Opróżniony z produktów separacji, wody, piasku i szlamu separator wraz z osadnikiem należy skontrolować pod kątem uszkodzeń mechanicznych, jakości powłoki epoksydowej, ewentualnej korozji elementów stalowych, betonowych i kompletacji. Kontrolą należy również objąć pływak (jego wytarowanie) oraz urządzenia alarmowe.

W przypadku stwierdzenia uszkodzeń pozostawić separator nienapełniony wodą, powiadomić Inżyniera celem komisyjnego spisania protokołu oględzin.

Z zawiadomienia dotyczącego wyniku postępowania, doręzonego odwołującemu w dniu 27.07.2017 r., wynika, iż jako najkorzystniejszą w postępowaniu na: Bieżące utrzymanie dróg krajowych nr A-4, 3, 3b, 94 na terenie Rejonu w L. z podziałem na zadania, w zakresie Zadania 4 – prace utrzymaniowe, wybrano ofertę złożoną przez przystępującego. W piśmie z dnia 25 lipca 2017 r. zamawiający stwierdził, że oferta przystępującego z ceną 6 973 371,30 zł brutto jest ofertą najkorzystniejszą. Oferta ta otrzymała 100 pkt. (w tym: 60 pkt. w kryterium „cena”, 10 pkt. w kryterium okres gwarancji, 10 pkt. w kryterium doświadczenie Kierownika robót i 20 pkt. w kryterium aspekt społeczny”).

Oferta odwołujących otrzymała 99,82 pkt. (w tym: 59,82 pkt. w kryterium „cena”, 10 pkt. w kryterium okres gwarancji, 10 pkt. w kryterium doświadczenie Kierownika robót i 20 pkt. w kryterium aspekt społeczny”).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Odwołujący podniósł, że w ramach wykonywania zadań wskazanych w poz. 46 należy wykonać dwa rodzaje czynności:

- czyszczenie

- przegląd,

które, gdyby zostały ujęte w oddzielnych pozycjach, byłyby opodatkowane różnymi stawkami podatku VAT, tj. 8% (czyszczenie) i 23% (przegląd).

Jednocześnie odwołujący podnieśli, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie podatku od towarów i usług, wykonywanie przeglądów technicznych w tym np. separatorów mieści się w grupie PKWiU 71.20.19.0 "Pozostałe usługi w zakresie badań i analiz technicznych", które winny być opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 23%. Wskazali, że – oprócz czynności czyszczenia – w ramach zadania należy wykonywać obowiązkowe, systematyczne przeglądy, konieczność wykonania których wynika z dokumentacji urządzenia. Dopiero od analizy i oceny dokonanych w czasie przeglądu parametrów i stanu urządzenia zależy czy będzie wykonywane jego czyszczenie czy nie. Nie zawsze przegląd kończy się czyszczeniem - to w trakcie przeglądu ustala się czy czyszczenie jest konieczne czy nie.

Z argumentacją odwołujących nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że o klasyfikacji danej czynności do określonego rodzaju usług nie może przesądzać użyta przez zamawiającego nazwa czynności, czyli „przegląd”. O tym, z jakim rodzajem usługi mamy do czynienia, w rozpoznawanym przypadku stanowią poszczególne czynności, jakie należy wykonać w ramach danej usługi. Odwołujący wskazali, że w ramach zadania należy wykonać obowiązkowe, systematyczne przeglądy i po ich dokonaniu należy podjąć decyzję co do czyszczenia urządzenia. Stanowisku odwołujących przeczy zakres czynności wskazany w pkt. 5.3.1. i 5.3.2 specyfikacji technicznej. Wynika z niego bowiem, iż wykonawca najpierw będzie zobowiązany wykonać czyszczenie urządzenia, a dopiero potem skontrolować, czy nie ma ono fizycznych uszkodzeń. Nie chodzi tu zatem o obowiązkowe, cykliczne przeglądy, których wykonanie wynika z dokumentacji urządzenia, warunków gwarancji czy przepisów prawa, ale o szereg jednorazowych, wskazanych szczegółowo czynności, mających na celu zbadanie, czy separator nie ma uszkodzeń mechanicznych.

Odwołujący nie udowodnili, że tego rodzaju czynności zaliczają się do grupy PKWiU 71.20.19.0, objętej stawką 23%. W szczególności nie wykazują tego dowody złożone przez odwołujących na rozprawie oraz jako załączniki do odwołania. Odwołujący złożyli dokumenty w postaci faktur podwykonawców oraz dokumentacji z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, z których wynika, że usługa przeglądu objęta jest stawką 23%, niemniej jednak nie wykazali, na wykonaniu jakich konkretnie czynności te przeglądy miałyby

polegać. Jak już wyżej wskazano, zaklasyfikowanie określonej czynności do danego rodzaju usług nie może opierać się wyłącznie na nazwie tej czynności.

Odwołujący podnosili, że zamawiający i przystępujący winni wykazać zasadność swojego stanowiska, w szczególności poprzez złożenie dowodu w postaci interpretacji indywidualnej właściwego organu skarbowego. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. To na odwołujących, jako na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne spoczywał ciężar wykazania tego faktu. Stanowi o tym art. 192 ust. 1 ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że nawet w sytuacji, gdyby przeglądy przewidziane w pozycji 46 objęte były stawką 23%, odwołujący nie wykazali, że stanowiły one przeważającą część składową wszystkich czynności, które należy wykonać w ramach tej pozycji.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt I FSK 1946/07, jeśli świadczenia tworzą usługę o charakterze kompleksowym, wówczas również dla celów jej opodatkowania na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług powinny tworzyć całość. W przypadku świadczenia o kompleksowym charakterze, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku VAT powinno się przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. Odwołujący zaś w ogóle nie odnosili się do kwestii kompleksowości danej pozycji oraz do tego, która z usług w niej wymienionych jest usługą podstawową (dominującą) i przesądza o zastosowaniu podstawowej stawki podatku VAT. Tym samym nie sposób określić, dlaczego – w ocenie odwołujących – wszystkie czynności wskazane w poz. 46 winny być objęte stawką podstawową, skoro sami odwołujący przyznali, iż czyszczenie objęte jest stawką preferencyjną.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....