

Sygn. akt: KIO 2763/12

WYROK
z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.12.2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum „**KAMA**” **BAR M..... J.....**, **Plac Jana Pawła II, 53-672 Wrocław** oraz **ROBOT 1 B. O.....** i **Z. G..... Spółka jawna, ul. Pomorska 42, 50-219 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kompleksowe utrzymanie szaleków publicznych znajdujących się w pasie drogowym i w przejściach podziemnych na terenie miasta Wrocław” (znak FZP/EEE/155/2012)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum **S&A Service Spółka z o.o., ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław** oraz **ABC Service Spółka z o.o., ul. Bolesławiecka 15, 53-614 Wrocław** zgłaszającego swoje

przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego – Konsorcjum „KAMA” BAR M..... J....., Plac Jana Pawła II, 53-672 Wrocław oraz ROBOT 1 B. O..... i Z. G..... Spółka jawna, ul. Pomorska 42, 50-219 Wrocław na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i nakazuje powtórne badanie i ocenę ofert, w tym nakazuje odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego Konsorcjum S&A Service Spółka z o.o., ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław oraz ABC Service Spółka z o.o., ul. Bolesławiecka 15, 53-614 Wrocław na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum „KAMA” BAR M..... J....., Plac Jana Pawła II, 53-672 Wrocław oraz ROBOT 1 B. O..... i Z. G..... Spółka jawna, ul. Pomorska 42, 50-219 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław** na rzecz Odwołującego Konsorcjum **„KAMA” BAR M..... J....., Plac Jana Pawła II, 53-672 Wrocław oraz ROBOT 1 B. O..... i Z. G..... Spółka jawna, ul. Pomorska 42, 50-219 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 28 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2763/12

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowe utrzymanie szaleatów publicznych znajdujących się w pasie drogowym i w przejściach podziemnych na terenie miasta Wrocław” (znak FZP/EEE/155/2012).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 04.10.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE.

W dniu 09.10.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr 2012/S 194-319368.

W dniu **07.12.2012 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.12.2012 r.** Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od następujących czynności dokonanych przez Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wnoszącego odwołanie;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności w zakresie odrzucenia oferty konsorcjum firm: S&A SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ABC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, do której Zamawiający był zobowiązania na podstawie ustawy Pzp.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 40 ust. 1 z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej oraz w zw. z art. 41 ust. 1 i inne ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie wniesionego odwołania w całości

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wnoszącego Odwołanie oraz decyzji o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum firm: S&A SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ABC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
3. nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: S&A SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ABC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
4. zwrot kosztów postępowania, według udokumentowanego wniosku złożonego na rozprawie.

Wskazał, iż składający niniejsze odwołanie, posiada interes faktyczny i prawny, albowiem występuje w przedmiotowym postępowaniu, złożył ważną ofertę z najniższą ceną i zamierza pozyskać do wykonania przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał iż dnia 7 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował Wnoszącego Odwołanie za pośrednictwem faksu o:

- dokonaniu wyboru oferty konsorcjum firm: S&A SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ABC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w przedmiotowym postępowaniu, oraz
- odrzuceniu oferty Wnoszącego Odwołanie ze względu na fakt, iż w ocenie Zamawiającego cena brutto podana przez niego zawierała nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług, w wysokości 23%, co stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Wnoszący Odwołanie wskazał, iż zgadza się z poglądem wyrażonym przez Zamawiającego, iż podanie w ofercie ceny brutto, z podaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczaniu ceny oraz z tym, że oferta, która zawiera taki błąd powinna być odrzucona, stosownie do poglądu wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. wydanego w sprawie prowadzonej pod sygn. akt: III CZP 52/11, w myśl którego - „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczaniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych)”.

Jednakże nie zgadza się poglądem Zamawiającego, w myśl którego to jego oferta obarczona jest wadą polegającą na podaniu błędnej stawki podatku od towarów i usług, ze względów wskazanych poniżej:

1. Jak słusznie wskazuje opinia doradcy podatkowego Piotra Ogińskiego (nr wpisu: 10906) z dnia 11 grudnia 2012 r.: „ustalenie właściwej stawki podatku wymaga w pierwszej kolejności prawidłowego zaklasyfikowania usług do odpowiedniego kodu PKWiU. Następnie należy ustalić, czy usługi objęte danym grupowaniem są wymienione we wskazanych załącznikach

do ustawy lub bądź też w aktach wykonawczych do niej. Jeżeli nie są one tam wymienione, to oznacza to, że usługi podlegają opodatkowaniu stawką podstawową, przewidzianą w art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, która obecnie wynosi 23%”.

Dowód: opinia prawna doradcy podatkowego P..... O..... z dnia 11-12-2012

2. Stosownie zaś do treści ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r o statystyce publicznej [Dz.U.2012.591 j.t. z późn. zm.] oraz aktów wykonawczych, a w szczególności pkt 2. Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych (Dz. U. GUS 2005, nr 1, poz. 11): „w przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania: rodzaju prowadzonej działalności, wyrobu lub usługi, towaru, środka trwałego lub obiektu budowlanego według:

- Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD),
- Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU),
- Scalonej Nomenklatury Towarowej Handlu Zagranicznej (CN),
- Klasyfikacji Środków Trwałych (KŚT),
- Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB),

Zainteresowany podmiot może zwrócić się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego w Łodzi ul. Suwalska 29, 93-176 Łódź, który udziela informacji w zakresie stosowania wyżej powołanych standardów klasyfikacyjnych”

Dowód: Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych (Dz. U. GUS 2005, nr 1, poz. 11)

3. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający w SIWZ nie wskazał obowiązującej stawki podatku od towarów i usług, a Wnoszący Odwołanie miał świadomość, iż na terenie Polski stosowane są różne stawki podatku od towarów i usług na usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania, uznał, iż występuje trudność w ustaleniu właściwego grupowania i z tego też względu, w dniu 27 listopada 2012 r. wystąpił do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi, podając m.in.:

„Ponadto w związku z nieznaną Zamawiającego aktualnie obowiązujących przepisów podatkowych oraz wątpliwości co do właściwego sklasyfikowania i wiążącej się z tym wysokości zastosowanej przez moją firmę stawki podatku VAT przy usłudze polegającej na „Kompleksowym utrzymaniu szaleatów miejskich na terenie m. Wrocławia” proszę o sklasyfikowanie usługi polegającej na „Kompleksowym utrzymaniu szaleatów miejskich na terenie m. Wrocławia”.

Dowód: pismo z dnia 27-11-2012 r.

Dodatkowo Wnoszący Odwołanie przekazał do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi, sporządzoną przez Zamawiającego SIWZ dotyczącą przedmiotowego postępowania precyzując, iż:

„charakterystyka usługi w oparciu o SIWZ z dnia 04.10.2012 r. część III „Przedmiot zamówienia Zamawiający Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta ul. Długa 49 53-633 Wrocław Nr sprawy FZP. 71.087.107931.2012.DP” ~

Dowód: pismo z dnia 27-11-2012 r.

O fakcie tym poinformował Zamawiającego pismem z dnia 28 listopada 2012 r. licząc na to, iż Zamawiającego również będzie zainteresowany pozyskaniem wiążącej interpretacji od Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi,

Dowód: pismo z dnia 28-11-2012 r.

Następnie po otrzymaniu dokumentu urzędowego z Urzędu Statystycznego z Łodzi z dnia 4 grudnia 2012, niezwłocznie przekazał go do Zamawiającego, przy piśmie pełnomocnika Wykonawcy, dostarczonym Zamawiającemu WT dniu 7 grudnia 2012 r.

Dowód: pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 04-12-2012

pismo pełnomocnika Wykonawcy dostarczone dnia 07-12-2012

Jak wynika z dokumentu urzędowego, pochodzącego z Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 04-12-2012: „kompleksowe usługi polegające na udostępnieniu i utrzymaniu szaleńców publicznych znajdujących się w pasie drogowym i w przejściach podziemnych mieszczą się w grupowaniu: PKWiU 96.09.19.0 „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane”

W ocenie Odwołującego przy czym z uwagi na treść art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej [Dz.U.2012.591 j.t. z późn. zm.) oraz treść komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów' klasyfikacyjnych (Dz.U.G.U.S. 2005, nr 1, poz. 11) uznać należy, iż jedynym wyłącznym podmiotem uprawnionym do wydawania wiążących ustaleń w zakresie ustalenia grupowania jest Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi.

W tym stanie rzeczy, w oparciu o ustalone grupowanie, stwierdzić należy, iż brak podstaw do stosowania obniżonej stawki od podatku od towarów i usług, gdyż jak słusznie wskazuje w swojej opinii z dnia 11 grudnia 2012 r. doradca podatkowy P..... O..... (nr wpisu: 10906): „Usługi objęte grupowaniem PKWiU 96.09.19.0 nie są wymienione w załączniku nr 3, 6 lub 10 do ustawy ani aktach wykonawczych przewidujących obniżone stawki VAT. Oznacza to że w obecnym stanie prawnym usługi polegające na kompleksowym

utrzymaniu szaleńców publicznych znajdujących się w pasie drogowym i przejściach podziemnych podlegają opodatkowaniu stawką podstawową wynoszącą 23%”.

Dowód: opinia prawna doradcy podatkowego P..... O..... z dnia 11-12-2012

Zasadność powyższego stanowiska potwierdzają również informacje pochodzące z wyszukiwarek stawek podatku od towarów i usług.

Dowód: wydruk ze strony:

<http://www.pkwiuonline.pl/stawki-vat/?pkwiu=96.09.19.0>

wydruk ze strony:

<http://gus-pkd.pl/pkwiu-stawki-vat-obowiazuiace-w-2012-roku/96-09-19-0/>

wydruk ze strony:

<http://www.klasyfikacje.gofin.pl/pkwiu/1,2,8541,pozostale-uslugi-indywidualne.html>

wydruk ze strony:

<http://www.epodatnik.pl/index.php/pkwiu-polska-klasyfikacja-wyrobow-i-uslug-vat/276-pkwiu-2011-interpretacje/12696-pkwiu-2011?start=4>

Na zakończenie Odwołujący wskazał, iż brak podstaw faktycznych i prawnych do przyjęcia stanowiska Zamawiającego, w myśl którego usługi objęte przedmiotowym postępowaniem opodatkowane są podatkiem od towarów i usług o obniżonej stawce 8%. Stanowisko to jest błędne.

Wobec powyższego wskazać należy, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP podejmując decyzję dotyczącą odrzucenia oferty Wnoszącego Odwołanie, pomimo, iż wskazana przez niego stawka od podatku od towarów i usług jest właściwa, a co zostało wykazane powyżej. A w konsekwencji oferta złożona przez Wnoszącego Odwołanie nie zawierała błędów w obliczeniu ceny.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy konsorcjum firm: S&A SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ABC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, które złożyło ofertę, zawierającą błędy w cenie poprzez określenie nieprawidłowej stawki od podatku od towarów i usług w wysokości 8%, co jak wykazano jest stawką nieprawidłową.

Na rozprawie Strony, jak również Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznając, iż jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ponadto mając na względzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu i tym samym prowadzić w tym zakresie postępowania dowodowego. Tym samym Izba pominęła zawartą w przystąpieniu argumentację zmierzającą do wykazania innych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego lub wykluczenia go z postępowania. Nawet podniesienie tych zarzutów celem wykazania braku interesu w uzyskaniu zamówienia lub braku wpływu na wynik postępowania nie uprawnia Izby do wyjścia poza zarzuty zawarte w odwołaniu i prowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego.

Izba uznała, iż przedłożona wraz z odwołaniem przez Odwołującego opinia prawna z dnia 11.12.2012 r. stanowi jego stanowisko w sprawie. Dokument ten, sporządzony na zalecenie Odwołującego, nie potwierdza żadnych faktów, lecz jedynie stanowi prywatną opinię osoby, która go sporządziła. Stanowi on bowiem jedynie ocenę istniejącego stanu faktycznego w kontekście obowiązujących przepisów podatkowych.

W zakresie pozostałych dowodów Izba stwierdziła, iż podatkowa interpretacja indywidualna, wydana na podstawie art. 14b § 1 i § 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) nie stanowi wiążącej wykładni przepisów prawa. W tym zakresie Izba za zasadne uznała przywołanie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 24 września 2008 r. (sygn. akt I SA/OI 378/08), w którym wskazano, że: „Instytucja interpretacji prawa podatkowego uregulowana w art. 14a - 14c o.p. nie polega na stosowaniu prawa w pełnym zakresie, a ogranicza "działanie" organu do przedstawienia stronie własnego rozumienia normy prawnej oraz jej zastosowania do podanego przez stronę stanu faktycznego”. Powyższe zostało również potwierdzone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 20 listopada 2007 r. (sygn. akt I SA/Łd 441/07), w którym zostało wskazane, że: „Interpretacje nie są źródłem prawa, nie są też źródłem obowiązków, stąd nie wiążą one podatników w ramach przedstawionego przez nich stanu faktycznego. Pismo rozstrzygające interpretacje nie jest rozstrzygnięciem władczym, nie ma także charakteru aktu stosowania prawa. Wydając postanowienie zawierające interpretację organ podatkowy nie ustanawia żadnej normy indywidualnej, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego i sposobu ich zastosowania w odniesieniu do określonej sprawy indywidualnej”. Wskazać zatem należy na ich ułomną wartość dowodową, gdyż stanowią one jedynie stanowisko własne podatnika występującego z wnioskiem o wydanie interpretacji podatkowej oraz stanowisko własne uprawnionego do jej wydania organu, który wydając interpretację aprobuje, bądź nie podziela stanowiska wyrażonego w złożonym wniosku.

Tożsamy charakter posiada informacja związana z prawidłowością klasyfikacji statystycznej wyrobów i usług. Zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność (pkt 1 komunikatu). W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania zainteresowany podmiot może zwrócić się z wnioskiem o wskazanie zaklasyfikowania rodzaju prowadzonej działalności, wyrobu lub usługi i wydanie informacji do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur. Jak wynika z informacji znajdującej się na stronie internetowej www.stat.gov.pl/lodz wydana informacja nie

stanowi decyzji administracyjnej i nie ma charakteru wiążącego. Podstawę prawną wydawania informacji przez Ośrodek Klasyfikacji I Nomenklatur stanowi art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.).

Oba te dokumenty należy jednak ocenić biorąc pod rozwagę okoliczności faktyczne stanowiące podstawę do ich wydania. Powyższych dokumentów nie sposób jednak uznać za dowody *sensu stricte*, tj. jako dających świadectwo o faktach mających dla rozstrzygnięcia istotne znaczenie. Są one bowiem jedynie wyrażonymi przez uprawnione do tego organy opiniami i nie sposób przypisać im jakiegokolwiek prawnokształtującego znaczenia. Nie potwierdzają one również istnienia, bądź nie istnienia określonych faktów, poza tymi, iż zainteresowany podmiot wszczął określoną prawem procedurę zmierzającą do uzyskania opinii uprawnionego organu.

Izba powyższe dokumenty oceniła jako dowód na okoliczność dochodzenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego do prawny obiektywnej, tj. ustalenia właściwej dla usługi klasyfikacji statystycznej oraz właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki podatku od towarów i usług. Za zasadniczy dowód Izba uznała dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia ujęty w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, jak również oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego.

Oceniający złożone przez Odwołującego na etapie rozprawy dowody Izba uznała, iż stanowią one jedynie rozszerzenie argumentacji Odwołującego i potwierdzają wyrażane przez tego ostatniego opinie i tezy. Wskazywać one jedynie mogą na konsekwencję lub brak konsekwencji w stosowaniu przez Odwołującego i Przystępującego stawek podatkowych w innych postępowaniach lub mogą jedynie wskazywać na istniejące w ramach szeregu postępowań problemy związane ze stosowaniem przepisów podatkowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, oferty złożonej przez Odwołującego i Przystępującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w części III SIWZ zatytułowanej „Przedmiot zamówienia” wskazał w pkt 1, iż przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie szaletów publicznych znajdujących się w pasie drogowym i przejściach podziemnych na terenie miasta Wrocławia.

W części III pkt 2 ppkt 2.1. określił następujący zakres:

- utrzymanie czystości szaletów publicznych poprzez utrzymanie w stałej sprawności technicznej wszystkich urządzeń zapewniających bezpieczną eksploatację szaletu;
- utrzymanie stałej czystości i porządku w szaletach, odpowiadających wymaganiom sanitarnym;
- utrzymaniu stałej czystości urządzeń i przyborów sanitarnych;
- uzupełnianie na bieżąco papieru toaletowego, mydła w płynie, ręczników papierowych i wkładów do elektronicznych odświeżaczy powietrza;
- utrzymanie stałej drożności kanalizacji i czystości kratki ściekowych wewnątrz obiektu;
- konserwacji i utrzymaniu wszystkich urządzeń instalacji wewnętrznej w stałej sprawności;
- utrzymaniu w stałej czystości terenu bezpośrednio przyległego do szaletu przez cały rok (do około 2 m od szaletu);
- usuwanie na bieżąco liści i innych zanieczyszczeń z rynien i z dachu;
- wywozu na bieżąco śmieci związanych z eksploatacją i utrzymaniem czystości w szaletcie i jego bezpośrednim otoczeniu;

W części III SWIZ pkt 2 ppkt 2.2. wskazał prace remontowe i naprawcze w szaletach polegające na:

- naprawianie tynków wewnętrznych i zewnętrznych;
- malowanie ścian i sufitów wewnątrz i na zewnątrz;
- uzupełnianie lub kładzenie nowych okładzin ceramicznych ścian i podłóg;
- remont pokrycia dachu oraz systemu odwodnienia;
- remont lub wymiana stolarki okiennej i drzwiowej;
- remont lub wymiana instalacji sanitarnej;

- inne bieżące roboty budowlane, takich jak np. regulacja stolarki, stabilizacja urządzeń sanitarnych;
- usuwanie graffiti z powierzchni elewacji.

W części III SIWZ pkt 2 ppkt 2.3. wskazał pobieranie opłat z tytułu korzystania z szaletów.

Zamawiający dodatkowo w części III SIWZ w pkt 5 (wytyczne dla wykonawcy) w ppkt 5.3. wskazał, iż remonty bieżące szaletów będą wykonywane zgodnie z bieżącymi potrzebami na podstawie protokołów i zleceń, w których będzie określony przewidywany koszt i zakres wykonywanych prac. W celu określenia przewidywanego kosztu wykonawca będzie sporządzał kosztorysy ofertowe.

Zamawiający w części III SIWZ zatytułowanej „Sposób przygotowania oferty” w pkt 8 ppkt 8.5. wskazał, iż oferta musi zawierać m.in. zestawienie kosztów zadania wg załącznika nr III.

W części V SIWZ zatytułowanej „Sposób obliczania ceny ofertowej” Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

1. Wykonawca poda w Formularzu oferty cenę ofertowa brutto (zgodnie z załącznikiem nr III) będącą sumą: ceny ryczałtowej netto za eksploatację wszystkich szaletów i pisuarów (wymienionych w załączniku) i podatku VAT oraz ceny netto za roboty remontowe (ustalona przez Zamawiającego cena netto podana w poz. 29 załącznika wynosi 367.000,00 zł) i podatku VAT.
2. Cena ofertowa powinna obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne do wykonania przedmiotu umowy wraz z kosztami związanymi z obsługą szaletów, podstawową konserwacją, wszelkimi kosztami zakupu środków używanych do utrzymania w czystości (do wartości jednostkowej 100 zł), z utrzymaniem w stałej czystości terenu bezpośrednio przylegającego do obiektu, wywozem śmieci związanych z eksploatacją i utrzymaniem czystości w szaletcie i jego bezpośrednim otoczeniu, wywozem materiałów z prac remontowych i ich utylizacji, ewentualny upust oraz zysk. Podana miesięczna cena ryczałtowa dla każdej lokalizacji musi obejmować wszystkie czynności wymienione w pkt 2.1. i 2.3. w cz. III Instrukcja dla Wykonawców.
3. Wykonawca w Formularzu oferty poda stawki za godzinę dzienną i nocną w dni powszednie i świąteczne (stawki te powinny stanowić podstawę do wyliczenia miesięcznych cen ryczałtowych). Na podstawie tych stawek zostaną zmienione miesięczne ceny ryczałtowe za eksploatację danego szaletu lub pisuaru, gdy Zamawiający zdecyduje o skróceniu lub wydłużeniu godziny ich otwarcia, ich zamknięciu lub otwarciu nowych szaletów.

4. Remonty bieżące będą rozliczane kosztorysem powykonawczym w oparciu o dostępne katalogi oraz dane wyjściowe do kosztorysowania, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, stawki pracy sprzętu oraz średnie ceny z Sekocenbudu z kwartału realizacji robót. W przypadku braku odpowiedniej pozycji katalogu, roboty należy rozliczyć wg kalkulacji indywidualnej. W przypadku braku cen materiałów w publikacji Sekocenbudu, zamawiający dopuszcza rozliczenie zastosowanych materiałów w oparciu o faktury zakupu.

5. Podatek VAT należy podać zgodnie z ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054 ze zm.).

Jako załącznik nr III do SIWZ Zamawiający przedstawił „Zestawienie kosztów zadania” gdzie dla poz. 1 – 25 (poszczególne lokalizacje szaletów i pisuarów) opracował do wypełnienia przez wykonawcę następujące kolumny:

- miesięczna cena ryczałtowa netto [zł];
- ilość miesięcy – określając ją na poziomie 24;
- cena ryczałtowa netto [zł] (kol. 3 x kol. 4).

Zobowiązał wykonawców do określenia łącznej ceny ryczałtowej netto (suma poz. 1 – 25), podatek VAT (od poz. 26) oraz do określenia łącznej ceny ryczałtowej brutto (suma poz. 26 i 27).

W pozycjach 29-30 narzucił wykonawcom wartości dla robót remontowych: 367.000,00 zł (wartość netto), 84.410,00 zł (podatek VAT od poz. 29) oraz wartość brutto robót remontowych (suma poz. 29 i 30).

W pozycji 30 tabeli zobowiązał wykonawców do wpisania ceny brutto jako sumy poz. 28 i 31.

Odwołujący w złożonej ofercie w pkt 3 załącznika nr I do SIWZ „Formularz oferty” zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto (poz. 32 z zał. nr III) w wysokości 1.805.147,31 zł (str. 1 oferty). W załączniku nr III (Zestawienie kosztów zadania) na str. 8 oferty w pozycjach 26-32 wskazał następujące wartości:

- Poz. 26. Razem ceny ryczałtowe netto (suma poz. 1 – 25) – 1.100.599,44 zł;
- Poz. 27. Podatek VAT (od poz. 26) – 253.137,87 zł;
- Poz. 28. Razem ceny ryczałtowe brutto (suma poz. 26 i 27) – 1.353.737,31 zł;
- Poz. 29. Roboty remontowe netto – 367.000,00 zł;
- Poz. 30. Podatek VAT (od poz. 29) – 84.410,00 zł;
- Poz. 31. Roboty remontowe brutto (suma poz. 29 i 30) – 451.410,00 zł;
- Poz. 32. Cena brutto (suma poz. 28 i 31) – 1.805.147,31 zł.

Przystępujący w złożonej ofercie w pkt 14 załącznika nr I do SIWZ „Formularz oferty” zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto (poz. 32 z zał. nr III) w wysokości

2.146.033,68 zł (str. 1 oferty). W załączniku nr III (Zestawienie kosztów zadania) na str. 7-8 oferty w pozycjach 26-32 wskazał następujące wartości:

- Poz. 26. Razem ceny ryczałtowe netto (suma poz. 1 – 25) – 1.662.936,00 zł;
- Poz. 27. Podatek VAT (od poz. 26) – 133.034,88 zł;
- Poz. 28. Razem ceny ryczałtowe brutto (suma poz. 26 i 27) – 1.795.970,88 zł;
- Poz. 29. Roboty remontowe netto – 367.000,00 zł;
- Poz. 30. Podatek VAT (od poz. 29) – 84.410,00 zł;
- Poz. 31. Roboty remontowe brutto (suma poz. 29 i 30) – 451.410,00 zł;
- Poz. 32. Cena brutto (suma poz. 28 i 31) – 2.247.380,88 zł.

Zamawiający pismem z dnia 07.12.2012 r. znak FZP.71.087.131587.2012.DP wskazał, iż jako najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Konsorcjum S&A SERVICE Spółka z o.o. oraz ABC SERVICE Spółka z o.o. z ceną ofertową wynoszącą 2.146.033,68 zł brutto. Jednocześnie poinformował, iż oferta Konsorcjum KAMA BAR M..... J..... i ROBOT 1 B. O..... i Z G..... Spółka jawna została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu wskazał, iż w ofercie cenę ofertową brutto określono z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23%, co stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdyż brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający wskazał ponadto, iż wykonawca w załączniku nr VI wykazał się wykonaniem 10 zamówień związanych z kompleksowym utrzymaniem czystości. Wymienione w załączniku zamówienia nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w części II pkt 1a Instrukcji dla wykonawców, tj. wykonali lub wykonują należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia (...) o łącznej wartości wykonanych usług minimum 300.000,00 zł brutto w ciągu kolejnych maksimum 12 miesięcy. Wykazane zamówienia wskazują na wykonanie usług o łącznej wymaganej wartości w wysokości minimum 300.000,00 zł, lecz nie w ciągu kolejnych maksimum 12 miesięcy.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie został wezwany, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Na powyższą czynność odwołujący w dniu 14.12.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej oraz w związku z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług na skutek odrzucenia oferty Odwołującego oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 na skutek jego niezastosowania wobec Przystępującego Izba wskazuje, iż powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Należy w pierwszej kolejności wskazać, iż osią sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym się jest kwestia związana z zastosowaniem w ramach obliczenia ceny stawki podatku od towarów i usług. W ocenie Odwołującego kompleksowa usługa, stanowiąca przedmiot zamówienia, winna zostać opodatkowana stawką w wysokości 23%, zaś w ocenie Zamawiającego stawką 8% dla elementów związanych z utrzymaniem szaleatów oraz stawką 23 % w zakresie czynności obejmujących roboty remontowe. Taka formę ustalenia ceny ofertowej przyjął Przystępujący w złożonej ofercie, ze względu na narzucenie wartości i stawki podatku VAT przez Zamawiającego w odniesieniu do usług remontowych.

Zarówno z przedłożonej przez Przystępującego podatkowej interpretacji indywidualnej, jak również z treści prywatnej opinii prawnej przedłożonej przez Odwołującego wynika teza, którą należy uznać za bezsporną pomiędzy Stronami i uczestnikiem postępowania, iż ustalenie właściwej stawki podatku wymaga w pierwszej kolejności prawidłowego zaklasyfikowania usług do odpowiedniego kodu PKWiU (Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług).

Mając powyższe na względzie ustalenia wymaga, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ, zakres czynności składających się na przedmiotową usługę. Przyporządkowanie opisanym przez Zamawiającego usługom określonej grupy w oparciu o nomenklaturę PKWiU umożliwi ustalenie, czy usługa ta podlega opodatkowaniu w oparciu o stawkę podstawową, czy też w oparciu o stawkę preferencyjną podatku od towarów i usług.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia zawartego w części III SIWZ pozwala uznać, iż przedmiotowa usługa jest kompleksową i złożoną czynnością obejmującą szereg różnego rodzaju obowiązków związanych bezpośrednio z utrzymaniem szaleatów publicznych oraz szeregu innych czynności towarzyszących. W ramach tej usługi następuje przemieszanie usług związanych z utrzymaniem czystości oraz utrzymaniem stanu technicznego obiektu. Czynności te nawzajem się przenikają i trudno jest określić granicę, przy której kończy się usługa utrzymania czystości i porządku przedmiotowego szaleatu a zaczyna usługa konserwacji i utrzymania technicznego obiektu, w którym znajduje się ten szaleat.

Jak wskazuje tytuł samego postępowania przedmiotem postępowania jest kompleksowe utrzymanie szaletów publicznych znajdujących się w pasie drogowym i przejściach podziemnych na terenie miasta Wrocławia, w tym utrzymanie czystości szaletów publicznych poprzez utrzymanie w stałej sprawności technicznej wszystkich urządzeń zapewniających bezpieczną eksploatację szaletu; utrzymanie stałej czystości i porządku w szaletach (odpowiadających wymaganiom sanitarnym); utrzymaniu stałej czystości urządzeń i przyborów sanitarnych; uzupełnianie na bieżąco papieru toaletowego, mydła w płynie, ręczników papierowych i wkładów do elektronicznych odświeżaczy powietrza; utrzymanie stałej drożności kanalizacji i czystości krater ściekowych wewnątrz obiektu, konserwacji i utrzymaniu wszystkich urządzeń instalacji wewnętrznej w stałej sprawności oraz wywozu na bieżąco śmieci związanych z eksploatacją i utrzymaniem czystości w szaletcie i jego bezpośrednim otoczeniu, jak również pobieranie opłat z tytułu korzystania z szaletów.

Należy jednak wskazać, iż oprócz powyższych czynności sanitarnych, związanych ściśle z eksploatacją szaletów publicznych, przedmiotowa usługa obejmuje również inne czynności, w tym czynności eksploatacji i utrzymania obiektów budowlanych. W zakres czynności dodatkowych wchodzi usuwanie na bieżąco liści i innych zanieczyszczeń z rynien i z dachu oraz prace remontowe i naprawcze w szaletach obejmujące naprawianie tynków wewnętrznych i zewnętrznych; malowanie ścian i sufitów wewnątrz i na zewnątrz; uzupełnianie lub kładzenie nowych okładzin ceramicznych ścian i podłóg, remont pokrycia dachu oraz systemu odwodnienia, remont lub wymiana stolarki okiennej i drzwiowej; remont lub wymiana instalacji sanitarnej; inne bieżące roboty budowlane (np. regulacja stolarki, stabilizacja urządzeń sanitarnych) oraz usuwanie graffiti z powierzchni elewacji. W tym miejscu należy wskazać, iż takie czynności remontowe jak remont i wymiana instalacji sanitarnej, stabilizacja urządzeń sanitarnych stanowią jednocześnie usługi związane bezpośrednio z utrzymaniem czystości i sprawności funkcjonalnej szaletu.

Izba wskazuje, iż na podstawie art. 5a ustawy o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) podstawą ustalenia właściwej dla danej usługi stawki podatku od towarów i usług jest dokonanie prawidłowej klasyfikacji danej czynności w oparciu o Polską Klasyfikację Wyrobnów i Usług. Dopiero dokonanie tej czynności umożliwi ustalenie, czy czynność stanowiąca podstawę powstania obowiązku podatkowego jest opodatkowana stawką podstawową, czy też stawką preferencyjną. W ramach niniejszego stanu faktycznego wskazać należy, iż Odwołujący poczynił starania zmierzające do ustalenia tej okoliczności. Odwołujący zwrócił się do określonego w komunikacie Prezesa GUS z dnia 24 stycznia 2005 r. organu, który udziela informacji w zakresie stosowania standardów klasyfikacyjnych celem dokonania przyporządkowania danej usługi do właściwego grupowania i tym samym ustalenia właściwej stawki podatku. Przystępujący zaś dokonał

klasyfikacji samodzielnie i oparł swoje twierdzenia na uzyskanej interpretacji indywidualnej z dnia 15.06.2012 r. (znak ILPP1/443-255/12-4/KG), w której zostało zastrzeżone przez uprawniony organ, iż: „Mając na względzie powołane przepisy prawa oraz opisane zdarzenie przyszłe należy wskazać, że jeżeli usługi świadczone przez Spółkę polegające na kompleksowym utrzymaniu szaletów publicznych, zostały prawidłowo zaklasyfikowane do grupowania PKWiU 81.29.13.0 „Pozostałe usługi sanitarne” – na podstawie art. 146a pkt 2 ustawy w związku z poz. 175 załącznika nr 3 do ustawy – będą podlegały opodatkowaniu obniżoną do 8% stawką podatku od towarów i usług”.

Izba uznała, przyjmując, iż o prawidłowym ustaleniu właściwej stawki podatku od towarów i usług przesądza w pierwszej kolejności prawidłowość dokonanej klasyfikacji w oparciu o PKWiU, że Odwołujący w tym zakresie dołożył należytej staranności wymaganej dla profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego zwracając się w tym zakresie do właściwego organu o udzielenie informacji w zakresie stosowania standardów klasyfikacyjnych według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Przystępujący w ramach wszczętej przez siebie procedury pominął ten element (poziom) dokonywania ustaleń i samodzielnie przyporządkował usługę i umieścił ją w grupie sklasyfikowanej pod symbolem PKWiU 81.29.13.0. „Pozostałe usługi sanitarne”. Choć jak wynika z wytycznych Prezesa GUS podatnik sam dokonuje klasyfikacji prowadzonej przez siebie działalności to jednak od prawidłowości i rzetelności tej czynności zależy prawidłowe stosowanie przepisów podatkowych. Należy również wskazać, iż przywołana przez Przystępującego podatkowa interpretacja indywidualna nie odnosi się wprost do zakresu czynności stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. A zatem stwierdzić należy, iż pomija ona najistotniejszy element procesu kwalifikacji usługi do odpowiedniego grupowania według nomenklatury PKWiU. Przystępujący mógł dokonać kwalifikacji usługi do symbolu PKWiU 81.29.13.0 „Pozostałe usługi sanitarne”, gdyż w przekazanym organowi podatkowemu stanowisku własnym pominął pewne elementy usługi związane z utrzymaniem obiektu budowlanego. Analiza złożonej przez Przystępującego podatkowej interpretacji indywidualnej z dnia 15.06.2012 r. (znak ILPP1/443-255/12-4/KG) wskazuje, iż przedstawiony przez podatnika – S&A Service Spółka z o.o. stan faktyczny nie koresponduje z opisem przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdyż pomija on szereg czynności składających się na kompleksową usługę ograniczając ten zakres jedynie do czynności *stricte* związanych z utrzymaniem szaletów publicznych – pomijając pozostałe czynności porządkowe oraz remontowo-budowlane. Istotność tego pominięcia jest ważna ze względu na charakter przedmiotowej usługi.

Podnieść należy, iż to Odwołujący zwracając się do organu celem uzyskania informacji o właściwej klasyfikacji przekazał organowi statystycznemu treść SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, iż uzyskana w

taki sposób informacja odnosi się wprost do niniejszego stanu faktycznego. Jednakże o uwzględnieniu przedmiotowego odwołania zdecydowały względy merytoryczne, nie zaś sam proces ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności. Poczynione przez Odwołującego starania mogą jedynie uzasadniać prawidłowość klasyfikacji statystycznej przedmiotowej usługi, która to klasyfikacja jest wynikiem szczegółowej analizy zakresu przedmiotowego zamówienia. Izba, ze względu na złożony charakter usługi obejmujący niejednorodne czynności, podzieliła dokonaną w przedłożonym przez Odwołującego piśmie z dnia 04.12.2012 r. klasyfikację umiejscawiającą przedmiotową usługę w grupowaniu PKWiU 96.09.19.0 „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane”. Różnorodny charakter przedmiotowej usługi nie pozwala bowiem na przyporządkowanie jej do któregośkolwiek ze specjalistycznych i jednorodnych grupowań, w tym w szczególności, jak uczynił to Przystępujący, do grupy 81.29.13.0 „Pozostałe usługi sanitarne”. Wszakże przedmiotem zamówienia, oprócz usług *stricte* sanitarnych są również typowe usługi remontowo-budowlane oraz usługi utrzymania technicznego obiektów budowlanych, jak również usługi związane z utrzymaniem porządku w obiektach budowlanych wraz z otaczającym je terenem.

Złożoność przedmiotu zamówienia nie pozwala zatem na przypisanie przedmiotowym usługom jednorodnego charakteru, a co za tym idzie nie pozwala na jednoznaczną kwalifikację usługi do jakiegokolwiek grupy jednorodnych usług w oparciu o nomenklaturę PKWiU. Nie pozwala również na wytyczenie wyraźnej granicy pomiędzy czynnościami sanitarnymi obejmującymi obsługę szaletu publicznego a czynnościami remontowo-budowlanymi obejmującymi utrzymanie stanu technicznego obiektu budowlanego. Ta ostatnia okoliczność skutkowałaby bowiem wyliczeniem ceny z uwzględnieniem dwóch różnych stawek podatkowych. Z tego też powodu oraz faktu narzucenia przez Zamawiającego stawki 23% dla usług remontowych (załącznik nr III do SIWZ – Zestawienie kosztów zadania) brak jest podstaw do zastosowania odrębnych stawek podatkowych dla poszczególnych elementów usługi (8% dla usług sanitarnych i 23% dla remontowych).

Jak wyżej wskazano, w ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, iż Zamawiający w odniesieniu do usług remontowych narzucił wykonawcom wartość oraz stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Powyższe, ze względu na wskazane wyżej wzajemne oddziaływanie poszczególnych elementów świadczenia złożonego, skutkuje koniecznością jednolitego opodatkowania całego świadczenia kompleksowego.

Pomimo zróżnicowanego charakteru poszczególnych składników świadczenia złożonego w takim wypadku zastosowanie może mieć wypracowana przez praktykę i orzecznictwo zasada jednolitego opodatkowania, tj. opodatkowania całego świadczenia jedną stawką podatkową.

Źródłem stosowania jednolitej stawki podatku VAT może być wspomniana wyżej zasada jednolitości opodatkowania dla dostaw i usług złożonych, których elementy obejmują zarówno czynności objęte podstawową, jak też preferencyjną stawką podatku VAT. Choć ustawa o podatku od towarów i usług nie zawiera uregulowań dotyczących stosowania jednolitych stawek podatku VAT powyższa kwestia jest postrzegana dość jednolicie w orzecznictwie i doktrynie. Liczne orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, Wojewódzkich Sądów Administracyjnych oraz interpretacje organów podatkowych wskazują na dopuszczalność tego rodzaju mechanizmu oraz wskazują ogólne wytyczne przy jego stosowaniu. Oznacza to, iż istnieją ogólne reguły, jakimi kierować się winni podatnicy przy ustalaniu stawki podatkowej dla czynności złożonych z dostaw lub usług opodatkowanych w oparciu o różne stawki podatku VAT.

W tym zakresie Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2008 r. (sygn. akt I FSK 1512/07), w którym zostało wskazane, że: „Podział czynności opodatkowanych VAT dokonywanych na terytorium kraju ma charakter dychotomiczny - czynność stanowi albo dostawę towarów albo świadczenie usług. (...) W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesądzać czynność główna. (...)”.

Oceniając zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy Izba uznała, iż właściwą dla usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania jest stawka podstawowa podatku od towarów i usług w wysokości 23%, którą należało ustalić dla całego świadczenia. Powyższe jest wynikiem ustaleń dotyczących zakresu czynności stanowiących przedmiot niniejszego postępowania i uznania, iż ze względu na ich zróżnicowany zakres i charakter stanowią one „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane” ujęte w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu PKWiU 96.09.19.0. Powyższe ma również swoje źródło w fakcie narzucenia przez Zamawiającego stawki dla usług remontowych oraz na wzajemnych przenikaniu się poszczególnych czynności wchodzących w skład kompleksowej usługi. Zastosowanie podstawowej stawki jednolitej dla całego świadczenia jest zatem wynikiem analizy przedmiotu świadczenia.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego 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) „Konsekwencją powyższego jest również konieczność uznania, iż 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 należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej”.

W niniejszym stanie faktycznym nawet przyjęcie, że świadczeniem podstawowym jest usługa opodatkowana w oparciu o stawkę 8% to dla świadczenia towarzyszącego, jakim są roboty remontowe, Zamawiający narzucił stawkę podstawową. Opis przedmiotu zamówienia jednakże uniemożliwia rozgraniczenie tychże elementów świadczenia.

Ponadto to Odwołujący dołożył należytej staranności celem wykazania, iż przyjęta przez niego klasyfikacji usługi i tym samym przyjęta stawka podatku od towarów i usług jest prawidłowa, zaś Izba podzieliła w całości dokonane przez Odwołującego czynności klasyfikacyjne przedmiotowych usług i ustaloną w ten sposób stawkę podatku od towarów i usług. Należy bowiem wskazać, iż powyżej wskazane usługi, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz aktami wykonawczymi do powyższej ustawy, nie uprawniają do opodatkowania ich preferencyjną stawką podatku VAT. Stosowanie stawki preferencyjnej jest wyjątkiem od zasady – zasada jest zaś opodatkowanie stawką 23%. Jeżeli zatem usługa ma charakter kompleksowy i czynności stanowiące jej składniki wzajemnie się przenikają – uznać należy, że te opodatkowane stawką podstawową determinują stawkę dla całego świadczenia, gdyż determinują jego klasyfikację – jako „Pozostałe różnorodne usługi, gdzie indziej niesklasyfikowane” PKWiU 96.09.19.0 a nie jako „Pozostałe usługi sanitarne” PKWiU 81.29.13.0. Nie sposób bowiem uznać, iż usługi remontowe związane z utrzymaniem obiektów budowlanych można zaliczyć do pozostałych usług sanitarnych.

II. W zakresie pozostałych zarzutów Izba wskazuje, iż Zamawiający w piśmie z dnia 07.12.2012 r. podstawą prawną dokonanej czynności uczynił art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazując jedynie, iż brak jest ustawowych przesłanek do wystąpienia omyłki. W zakresie zaś powiązanego z zarzutem głównym przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla tego zarzutu. Nie wskazał on istoty tego zarzutu i sposobu jego naruszenia przez Zamawiającego. Tym samym nie został on uwzględniony przez Izbę.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

