

Sygn. akt KIO/1510/10

WYROK
z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **PHSC Systemy Czyszczące Sp. z o.o., 61-492 Poznań, ul. Droga Dębińska 29** od czynności zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża PHSC Systemy Czyszczące Sp. z o.o., 61-492 Poznań, ul. Droga Dębińska 29 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **PHSC Systemy Czyszczące Sp. z o.o., 61-492 Poznań, ul. Droga Dębińska 29**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący PHSC Systemy czyszczące Sp. z o.o. w Poznaniu uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na czyszczenie, konserwację, malowanie oraz mycie powierzchni ścian w przejściach podziemnych, na obiektach inżynierskich, ekranach akustycznych w pasach drogowych administrowanych przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi zarzucił zamawiającemu, że odrzucając ofertę odwołującego, naruszył on przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez nieprawidłowe zastosowanie stawki VAT 7 % do całości przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku jego uwzględnienia Zamawiający dokonałby ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wniósł o nakazanie unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie wezwania do złożenia nowego wykazu narzędzi i urządzenia w celu wykazania spełniania warunków udziału, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał na opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt 4.1 siwz i sprecyzowany w pkt 4.2. ze wskazaniem kodów CPV: 50.80.00.00-8 – różne usługi w zakresie napraw i konserwacji oraz 45.44.21.21-1 – malowanie budowli. Odwołujący w złożonej ofercie przy wskazaniu ceny ryczałtowej w kwocie 722.785 zł zastosował jedną stawkę VAT do całości ceny w wysokości 7%.

Stwierdził, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Eurostyl + Tomasz Dembek za cenę 365.902,40 zł i odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem zamawiającego do całego przedmiotu zamówienia należało zastosować stawkę 22% VAT. Oceniając fakt dołączenia do oferty interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 30.11.2009 r. oraz opinię Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi z 1.06.2009 r. gdzie wskazano, że usługi w postaci monitorowania i usuwania zabrudzeń zabezpieczonych powłoką antygraffiti na obiektach na obiektach inżynierskich, odmalowania i zabezpieczania powłoką antygraffiti obiektów inżynierskich oraz mycia elewacji inżynierskich powinny być zakwalifikowane w oparciu o art. 41 ust. 2 ustawy o VAT do usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy ;pod pozycją 153 os symbolu PKWiU 90.0 nazwanej „usługi w zakresie gospodarki ściekami

oraz wywóz i unieszkodliwianie odpadów, usługi sanitarne i pokrewne” i w konsekwencji ma do takich usług stawka 7% VAT zamawiający uznał tę interpretację za nieprzydatną, jako wydaną na użytek innego postępowania. Zamawiający podkreślił, że ma znaczenie opisanie przedmiotu zamówienia kodami CPV, w tym części zamówienia zakwalifikowanej jako usługi z grupy 45.44.21.21-1 – malowanie budowli, co przesądza o zastosowaniu podstawowej stawki VAT.

Odwołujący wskazuje, że formułując ofertę zdawał sobie sprawę z tego, iż w ramach przedmiotu zamówienia znajdują się usługi, jak malowanie budowli, które gdyby były wykonywane samodzielnie stanowiąc odrębny przedmiot zamówienia, powinny być opodatkowane stawką VAT 22%.

Odwołujący uwzględniając opis przedmiotu zamówienia, jest zdania, że wymienione usługi polegające na utrzymywaniu w czystości powierzchni ścian itp., myciu czyszczeniu, usuwaniu zabrudzeń itp., powinny być opodatkowane stawką 7%, co wynika z powołanej treści poz. 153 załącznika nr 3 do ustawy o podatku VAT pod symbolem PKWiU 90.0, a co w powiązaniu z faktem, że usługi te dotyczą obiektów użyteczności publicznej oznacza, że mieszczą się w podgrupie PKWiU „90.00.30-00.00 – Oczyszczanie dróg kołowych, placów i innych terenów, usuwania śniegu i lodu.” Na poparcie tej oceny odwołujący wskazuje na pogląd wyrażony w powołanej interpretacji podatkowej oraz opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi. Powołał art. 8 ust. 3 ustawy o VAT zgodnie z którym usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji. Wskazał, że określenie zakresu obowiązku podatkowego i prawidłowości stosowanej stawki wynikać może z prawidłowego stosowania ustawy podatkowej i zauważył, że ustawa o VAT nie pozwala na posiłkowanie się innymi klasyfikacjami, w tym klasyfikacją CPV. Istotny jest w ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia, nie zaś zastosowane kody CPV.

W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie do większej części usług obejmujących przedmiot zamówienia ma zastosowanie 7% stawka VAT. Z uwagi na kompleksowość usług wchodzących w przedmiot zamówienia oraz główny cel, który je wiąże, usługa czyszczenia i mycia oraz usuwaniu różnego rodzaju zabrudzeń jest usługą zasadniczą, a w ramach tego świadczenia głównego, występują usługi pomocnicze, m.in. zabezpieczanie wyczyszczonych powierzchni przed ponownym zabrudzeniem oraz malowanie tych powierzchni, co oznacza, że do omawianego zamówienia należy zastosować jedną stawkę. Odwołujący zauważył, że również zamawiający przyjął założenie o zastosowaniu jednolitej stawki podatkowej dla wszystkich usług, jednakże uznał za prawidłową stawkę 22%.

Odwołujący wskazał na poglądy prezentowane w piśmiennictwie, że w sytuacji, gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, usługa ta nie powinna być dzielona dla celów podatkowych, a jeśli w skład usługi kompleksowej wchodzi elementy

(usługi czy czynności) objęte różnymi stawkami podatku VAT, to dla całej usługi należy stosować stawkę właściwą dla usługi dominującej. W opinii odwołującego prowadzenie usług malowania budowli nie było celem zamawiającego, lecz utrzymanie w czystości powierzchni ścian obiektów administrowanych przez zamawiającego. Malowanie tych powierzchni jest jedynie elementem pomocniczym i alternatywną metodą ich utrzymywania w czystości, co w pewnych wypadkach jest uzasadnione ze względów ekonomicznych i technologicznych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując na brak interesu po stronie odwołującego we wniesieniu odwołania.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie niejednorodne, wielorodzajowe i obejmuje czyszczenie, konserwację, malowanie oraz mycie powierzchni ścian w przejściach podziemnych na obiektach inżynierskich, ekranach akustycznych w pasach drogowych, co opisał dwoma kodami CPV. Zamawiający stoi na stanowisku, że przy obliczeniu ceny należało zastosować 22% stawkę VAT i zauważył, że odwołujący jako jedyny z 4 wykonawców składających oferty nie zastosował podstawowej stawki podatku.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności postanowienia siwz, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący nie musi wykazywać, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia - wystarczające jest, iż miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp mógł ponieść szkodę.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w wyniku oceny dokonanej przez zamawiającego, została - jak twierdzi odwołujący – odrzucona z naruszeniem przepisów ustawy.

Należy jednak rozstrzygnąć, czy spełniona jest także w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy druga przesłanka legitymacji czynnej, ponieważ łącznie z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, należy zauważyć, co ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do zamawiającego wpłynęły cztery oferty, w tym oferta odwołującego z ceną w wysokości 722.785,00 zł. Ceny pozostałych ofert wynoszą: 365.902,40 zł (oferta wybrana jako najkorzystniejsza), 572.424,00 zł i 498.492,00 zł. Tak więc w rankingu cenowym oferta odwołującego zajmuje czwarte miejsce i to samo miejsce zachowałaby w razie nie dokonania czynności jej odrzucenia, z uwagi na fakt, że jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena.

Biorąc pod uwagę, iż oferta odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, byłaby czwarta w rankingu ofert - Izba stoi na stanowisku, że odwołujący nie wykazał, iż przy braku odrzucenia oferty, realny jest wynik postępowania w postaci zawarcia z odwołującym umowy, a tym samym skutek naruszenia ustawy może ponieść szkodę. Ewentualne argumenty, że gdyby wykonawcy sklasyfikowani na pozycjach 1., 2. i 3. uchylili się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający będzie mógł wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą w trybie art. 94 ust. 3 Pzp należy uznać za nieuzasadnione.

Ponadto trzeba zwrócić uwagę, iż aktualne brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp wskazuje na konieczność wykazania, iż szkoda została poniesiona w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy lub też udowodnienia przez wykonawcę możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W celu ustalenia, jak należy rozumieć tę przesłankę uprawniającą do wnoszenia środków ochrony prawnej zasadnym jest odwołanie się do okresu, jaki musi upłynąć między poinformowaniem wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a zawarciem umowy określonego w art. 94 ust. 1 Pzp. Wnosząc odwołanie w tym okresie odwołujący powinien wykazać możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy np. poprzez bezprawne – w jego ocenie – odrzucenie oferty, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej

poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy trudno stwierdzić normalny (adekwatny) związek przyczynowy pomiędzy nieuzasadnionym odrzuceniem oferty, a możliwością poniesienia szkody wskutek uchylenia się przez trzech kolejnych wykonawców od podpisania umowy i hipotetycznej możliwości zaproponowania zawarcia umowy odwołującemu.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający możliwości poniesienia szkody, prowadzą do wniosku, iż odwołujący nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

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

.....