

WYROK

z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2013 r. przez wykonawcę Alicję B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ORDER”, Podzagnańszcze 48, 26-140 Łączna w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg,

przy udziale wykonawcy A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Jasińskiego 19, 39-400 Tarnobrzeg zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Alicję B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ORDER”, Podzagnańszcze 48, 26-140 Łączna i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Alicję B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „ORDER”, Podzagnańszcze 48, 26-140 Łączna tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Alicji B., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „ORDER”, Podzagnańszcze 48, 26-140 Łączna na rzecz Gminy Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg 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 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnobrzeg reprezentowana przez Prezydenta Miasta Tarnobrzega, ul. T. Kościuszki 32; 39-400 Tarnobrzeg, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie cmentarzem komunalnym w Tarnobrzegu” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 12 grudnia 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 17 grudnia 2013 roku wykonawca Alicja B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „ORDER” Alicja B., Podzagnańszcze 48; 26-140 Łączna (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, jako oferty najkorzystniejszej, co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty .A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż na skutek powyższych czynności odwołujący poniósł szkodę majątkową w postaci utraconych korzyści w wysokości równej wartości zamówienia będącego przedmiotem postępowania, które uzyskałby w przypadku wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dnia 17 grudnia 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 20 grudnia 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A.S.A. Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Jasińskiego 19; 39-400 Tarnobrzeg.

Zamawiający, dnia 27 grudnia 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący podał, iż zgodnie z punktem XV s.i.w.z., przy ocenie ofert zamawiający miał się kierować wyłącznie kryterium ceny brutto (100%). Ocenie miały zostać poddane ceny ofert brutto za realizację przedmiotu zamówienia obliczone przez wykonawców zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i podane w ofercie. Z kolei, stosownie do punktu XIV s.i.w.z., podana przez każdego wykonawcę cena brutto miała być ceną ryczałtową, podaną w PLN cyfrowo z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje. Cenę opisaną w taki sposób każdy z wykonawców miał przedstawić w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z.

W punkcie 1 Formularza ofertowego (oferta przetargowa) złożonego przez odwołującego zostały podane następujące wartości:

- wartość netto w kwocie 239 841,00 PLN,
- podatek VAT w kwocie 19 187,28 PLN oraz
- wartość brutto w kwocie 259 028,28 PLN.

W ocenie odwołującego, z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika nie tylko, że każdy z wykonawców nie był zobowiązany do złożenia, w ramach oferty, wypełnionego „Kosztorysu ofertowego”, ale również, że kosztorys taki nie mógł stanowić części oferty. Przedmiotowy formularz, co wyraźnie wynika z treści s.i.w.z. (wykaz załączników - zawarty na ostatniej stronie s.i.w.z.) stanowił jedynie dokument pomocniczy dla wykonawców, z którego mogli, ale nie musieli skorzystać dokonując kalkulacji ceny oferty.

Twierdzenie zamawiającego podniesione w zawiadomieniu z dnia 12 grudnia 2013 r. o wyborze oferty, że w postępowaniu nie mógł skorzystać z uprawnienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył „Kosztorysu ofertowego” (formularza pomocniczego) wskazującego ceny jednostkowe poszczególnych robót, znajomość których umożliwiłaby zamawiającemu dokonanie poprawienia omyłek

(istniejących zdaniem zamawiającego w cenie oferty obliczonej przez odwołującego) odwołujący uznał w całości za nieuprawnione i bezpodstawne.

Zdaniem odwołującego, z jednej strony bowiem zgodnie z s.i.w.z., przedłożenie „Kosztorysu ofertowego” nie było obowiązkiem wykonawców. Z drugiej - nie zachodziła potrzeba skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem tak w cenie ofertowej brutto obliczonej przez odwołującego oraz w jej opisie, a także w przedstawieniu tej ceny w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z. nie zostały dokonane żadne błędy lub omyłki. Cena oferty została prawidłowo obliczona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i podana w ofercie.

Ponadto, w części s.i.w.z. dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny (punkt XIV) nie została podana stawka(i) podatku VAT właściwa(e) dla przedmiotu zamówienia, w oparciu o którą(e) miała zostać obliczona cena. Co więcej, w przywołanym wyżej punkcie XIV s.i.w.z., zamawiający w żaden sposób nie odsyłał do „Kosztorysu ofertowego”, ani nie nakazuje, czy choćby nawet uznaje za stosowne posiłkować się przedmiotowym kosztorysem przy obliczaniu ceny. Z kolei w żadnym postanowieniu s.i.w.z. zamawiający nie stwierdził, że o prawidłowym obliczeniu ceny ofertowej przesądzi jej wyliczenie za pomocą „Kosztorysu ofertowego”. A skoro tak, to nie można uznać, aby przedmiotowy kosztorys był wiążący dla odwołującego na etapie przygotowania oferty, jak i w ogóle w całym toku postępowania.

Wbrew twierdzeniu zamawiającego podniesionemu w zawiadomieniu z dnia 12 grudnia 2013 r. o wyborze oferty, obliczając cenę odwołujący zastosował właściwą stawkę podatku VAT (w wysokości 8%) dla usług obejmujących czynności polegające na zarządzaniu cmentarzem komunalnym. Na potwierdzenie tej okoliczności, w załączeniu do niniejszego odwołania odwołujący przedłożył:

- interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 26 listopada 2012 r. (ILPP1Z443-811/12-4/A wa),
- interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r. (IPTPP4/443-844/12-4/A LN),

oraz

- interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 25 lipca 2013 r. (IPTPP4/443-274/13-4/MK),

z których treści wynika, że do usług polegających na zarządzaniu cmentarzem komunalnym stosuje się stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

W świetle powyższego, twierdzenie zamawiającego, iż przy obliczaniu ceny oferty odwołujący winien był zastosować 8% i 23% stawkę podatku VAT, gdyż zamówienie będące przedmiotem postępowania nie należy kwalifikować do zadań kompleksowych, przez co nie powinna mieć zastosowania zasada dotycząca przyjęcia jednolitej - 8 % stawki tego podatku dla całego kompleksu czynności składających się na przedmiot zamówienia, należy uznać w całości za nieuprawnione, bezpodstawne i nieoparte przez zamawiającego żadnymi dowodami. W szczególności, fakt, że w „Kosztorysie ofertowym”, będącym nadto jedynie formularzem pomocniczym załączonym do s.i.w.z., zamawiający dla wyszczególnionych w kosztorysie robót przyjął (bez wskazania dla których robót konkretnie) dwie stawki podatku VAT (8% oraz 23%) nie przesądza i nie może przesądzać samo przez się, że zamówienie będące przedmiotem postępowania nie jest zadaniem kompleksowym i nie może mieć do niego zastosowania jednolita stawka podatku VAT w wysokości 8 %.

Odwołujący stwierdził, że jego oferta odpowiada w całości treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym nie powinna zostać odrzucona.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniami odwołującego, jakoby podane przez niego wartości cenowe świadczyły o dochowaniu wszelkich wymagań w zakresie podania ceny złożonej oferty, przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie zgodził się również ze stanowiskiem odwołującego, jakoby „Cena oferty została prawidłowo obliczona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i podana w ofercie” oraz że „Formularz ofertowy” nie zawiera żadnych błędów lub omyłek.

Zgodnie z załącznikiem nr 9 do s.i.w.z. - Specyfikacją zadania - Formularzem pomocniczym - Kosztorysem ofertowym, wykonawca składający ofertę był obowiązany zastosować 8% oraz 23% stawkę podatku VAT. Jako, iż wszelkie załączniki do s.i.w.z. stanowią jej integralną całość, to nie można zgodzić się z odwołującym, jakoby w s.i.w.z. nie została podana stawka podatku VAT. Co prawda „Kosztorys ofertowy” został nazwany przez zamawiającego, jako formularz pomocniczy, to jednak nie można zgodzić się z odwołującym jakoby podana w nim stawka podatku VAT nie miała charakteru wiążącego. Zamawiający wskazał wprost stawki podatku VAT i nie można w tym zakresie stwierdzić, iż wskazanie to miało jedynie charakter pomocniczy, gdyż stawki te zostały ustalone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.; zwana dalej u.p.t.u.).

Przystępujący stwierdził, iż przez charakter pomocniczy załączonego do s.i.w.z. „Kosztorysu ofertowego” należy rozumieć, iż formularz ten nie musi stanowić dokładnego odwzorowania wzoru ustalonego przez zamawiającego. Przede wszystkim zaś możliwe są formalne zmiany ustalonego przez zamawiającego wzoru polegające m.in. na podaniu odmiennej kolejności wyszczególnienia robót czy też odmiennej numeracji poszczególnych rubryk kosztorysu, bądź przedstawienie kosztorysu w odmiennej formie. Z całą stanowczością należy jednak stwierdzić, iż zarówno przedstawiony „Kosztorys ofertowy”, jak i „Kosztorys cenowy”, stanowiący załącznik nr 1 do s.i.w.z. odpowiadać muszą treści s.i.w.z., którego to elementu zabrakło w ofercie złożonej przez odwołującego.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, jakoby obliczając cenę oferty zastosował właściwą stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Stawka ta była prawidłowa jedynie dla części oferty, bowiem określony przez zamawiającego przedmiot zamówienia nie miał charakteru kompleksowego. Odwołujący błędnie powołuje się przy tym na załączone do odwołania interpretacje indywidualne wydane przez organy podatkowe. Interpretacje indywidualne wydawane przez organy podatkowe wiążą bowiem jedynie w konkretnej sprawie będącej przedmiotem danej interpretacji. Zatem błędne jest twierdzenie odwołującego, jakoby z załączonych przez niego interpretacji, wprost wynikało, iż usługi polegające na zarządzaniu cmentarzem komunalnym podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 8%. Mając na względzie art. 41 u.p.t.u. odwołujący stwierdził, iż w okresie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2013 roku stawka podatku wynosi 23%, przy czym stawka podatku, o której mowa w załączniku nr 3 do u.p.t.u. wynosi od dnia 1 stycznia 2011 do dnia 31 grudnia 2013 roku 8%. Mając na względzie treść przedmiotowego załącznika nr 3 stwierdzić należy, iż obniżonej stawce podatkowej podlega między innymi działalność sklasyfikowana w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U- z 2008 r., Nr 207, poz. 1293 z późn zm.) pod symbolem 96.03 PKWiU, tj. Usługi pogrzebowe i pokrewne. Zgodnie z klasyfikacją dokonaną przez zamawiającego (opierającą się na wydanych do tej pory opiniach klasyfikacyjnych, interpretacjach podatkowych oraz orzeczeniach Sądów w tożsamych sprawach) opis przedmiotu zamówienia określony w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi usługi kompleksowej, w związku z czym konieczne było nałożenie przez wykonawców w kosztorysie cenowym różnorodnych stawek podatku VAT.

W ocenie przystępującego, zamawiający nie musiał w żaden sposób udowadniać konieczności zastosowania określonych stawek podatku VAT, gdyż to podmiot świadczący usługi jest obowiązany zakwalifikować je zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający jednak, kierowany swoim doświadczeniem oraz ułatwieniem wykonawcom przedmiotowej klasyfikacji, dokonał dookreślenia stawek VAT w „Kosztorysie ofertowym”, zaznaczając przy tym, iż jest to formularz pomocniczy. Zamawiający był jednak obowiązany do odrzucenia ofert wykonawców, które były niezgodne z s.i.w.z. oraz przepisami obowiązującego prawa, zatem odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie mógł również dokonać poprawienia oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowej sytuacji nie można uznać za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołania stwierdził, iż w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Kosztorysie ofertowym - wskazał, że przy obliczaniu ceny wykonawca winien zastosować 8% i 23 % stawkę podatku VAT, gdyż przedmiotowe zamówienie nie należy kwalifikować do zadań kompleksowych, a tym samym nie powinna mieć zastosowania zasada dotycząca przyjęcia jednolitej - 8 % stawki dla całego kompleksu czynności. Zamawiający nie mógł skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą „Kosztorysu ofertowego” wskazującego ceny jednostkowe poszczególnych robót, znajomość których umożliwiłaby zamawiającemu poprawienie omyłek.

Zamawiający wskazał, że „Kosztorys ofertowy” nie jest dokumentem z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, dlatego zamawiający niej wezwał odwołującego do jego uzupełnienia. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający wzywa do uzupełnienia wymaganych przez siebie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw. Dyspozycją tego przepisu nie został objęty kosztorys ofertowy.

Ponadto zamawiający podniósł, że stawka VAT ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ cena realizacji zamówienia publicznego odgrywa wiodącą rolę przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w rozdziale XI pkt 1 s.i.w.z. (Opis sposobu przygotowania ofert) zawarł informację, iż „Wykonawcy zobowiązani są zapoznać się dokładnie z informacjami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami niniejszej specyfikacji”. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami jest podstawowym dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Na podstawie zawartych w niej warunków wykonawcy przygotowują ofertę, bowiem jej treść jest wiążąca zarówno dla wykonawcy jak i dla zamawiającego.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w s.i.w.z. na stronie 16 jako jeden z załączników (nr 9) wymienił Specyfikację zadania, formularz pomocniczy - kosztorys ofertowy, w którym jednoznacznie wskazał, że przed jego wypełnieniem należy zapoznać się z treścią s.i.w.z., że wartość zamówienia należy wpisać do formularza ofertowego oraz że winien on być podpisany przez wykonawcę, co jednoznacznie wskazuje, że stanowi on załącznik do oferty. Zgodnie z nim wykonawca składający ofertę był zobowiązany zastosować 8% oraz 23% stawkę podatku VAT.

Jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami była dla wykonawcy niejasna lub w przypadku powzięcia wątpliwości, co do takiej klasyfikacji, odwołującemu, zgodnie z rozdziałem VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia

służyło prawo zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z. Zamawiający byłby, zobowiązany do udzielenia wyjaśnień. Wykonawca nie skorzystał z prawa do zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści s.i.w.z., co zamawiający interpretował w ten sposób, że wykonawca nie miał wątpliwości co do sposobu sporządzenia oferty a zatem winien ją sporządzić w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wszystkie załączniki do s.i.w.z. stanowią jej integralną całość, wobec czego nie można zgodzić się z odwołującym, jakoby w s.i.w.z. nie została podana stawka podatku VAT. Nie można zgodzić się z odwołującym jakoby podana w nim stawka podatku VAT nie miała charakteru wiążącego. Zamawiający wskazał wprost stawki podatku VAT i nie można w tym zakresie stwierdzić, iż wskazanie to miało jedynie charakter pomocniczy, gdyż stawki te zostały ustalone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Przez charakter pomocniczy załączonego do s.i.w.z. „Kosztorysu ofertowego” należy rozumieć, iż formularz ten nie musi stanowić dokładnego odwzorowania wzoru ustalonego przez zamawiającego. Przede wszystkim zaś możliwe są formalne zmiany ustalonego przez zamawiającego wzoru polegające m.in. na podaniu odmiennej kolejności wyszczególnienia robót czy też odmiennej numeracji poszczególnych rubryk kosztorysu, bądź przedstawienie kosztorysu w odmiennej formie. Z całą stanowczością zamawiający stwierdził, iż zarówno przedstawiony „Kosztorys ofertowy”, jak i „Kosztorys cenowy”, odpowiadać muszą treści s.i.w.z., którego to elementu zabrakło w ofercie złożonej przez odwołującego.

Zgodnie z zasadami metodycznymi klasyfikacji zasadą jest, że zainteresowany podmiot, w tym przypadku zamawiający sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane, wg. zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach statystycznych. W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie zamawiający, kierowany wieloletnim doświadczeniem w „Kosztorysie ofertowym” wprost zakwalifikował przedmiot zamówienia wg. dwóch różnych stawek podatku VAT tj.:

- a) PKWiU - 81.30.10 - usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni - stawka 8%,
- b) PKWiU - 68 32.13.0 - usługi zarządzania nieruchomościami niemieszkalnymi - stawka 23%,
- c) PKWiU -81.29.12- usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu – stawka 8%,
- d) PKWiU - 38.11.21 - usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne - stawka 8%,
- e) PKWiU - 43.29-19 - pozostałe roboty instalacyjne, gdzie indziej nie sklasyfikowane – stawka 23%,
- f) PKWiU – 42.11.20 - roboty ogólnobudowlane - stawka 23%.

Zgodnie z klasyfikacją dokonaną przez zamawiającego (opierającą się na wydanych do tej pory opiniach klasyfikacyjnych, interpretacjach podatkowych oraz orzeczeniach Sądów w tożsamych sprawach) „Opis przedmiotu zamówienia” określony w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi usługi kompleksowej, w związku z czym konieczne było nałożenie przez wykonawców w „Kosztorysie cenowym” różnorodnych stawek podatku VAT.

Zamawiający poinformował, że kilkakrotnie przeprowadzał postępowania na zarządzanie cmentarzem komunalnym. Oferty wykonawców były sporządzane z zastosowaniem dwóch

stawek podatku VAT, co nigdy nie było kwestionowane przez żaden organ podatkowy przy takiej kwalifikacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wiedzy i doświadczenia przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, aby ten warunek spełnić. Zamawiający domniemuje, że odwołujący mógł nie mieć dostatecznej wiedzy o zastosowaniu prawidłowej stawki VAT. Swoją wiedzę oparł jedynie na interpretacjach indywidualnych wydanych przez organy podatkowe. Interpretacje indywidualne wydawane przez organy podatkowe wiążą bowiem jedynie w konkretnej sprawie będącej przedmiotem danej interpretacji. Zatem błędnej jest twierdzenie odwołującego, jakoby z załączonych przez niego interpretacji, wprost wynikało, iż usługi polegające na zarządzaniu cmentarzem komunalnym podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 8%.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela pogląd prezentowany przez zamawiającego i przystępującego, a ponadto wskazuje, że decydującym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania jest ustalenie, czy z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia można było wywieść, jakie stawki podatku VAT mają zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby bez wątplenia taką okoliczność z treści s.i.w.z. można wywieść. Wskazać bowiem należy, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz ze wszystkimi do niej załącznikami wiąże wszystkich uczestników postępowania w sposób równy. Nie jest dopuszczalne, aby jedni wykonawcy brali pod uwagę treść całej dokumentacji, a inni (tak jak odwołujący) tylko w wygodnym dla siebie zakresie. Czynności podejmowane przez odwołującego, w ocenie Izby, charakteryzują się brakiem dochowania należytej staranności, którą na obecnym etapie postępowania odwołujący się próbuje sanować. Skoro bowiem zamawiający do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączył m.in. kosztorys ofertowy (bez znaczenia dla sprawy czy miał on charakter pomocniczy) to odwołujący winien zapoznać się z jego treścią i winien powziąć przynajmniej wątpliwość czy aby w przedmiotowym postępowaniu konieczne jest zastosowanie dwóch stawek podatku VAT, skoro zamawiający w tym załączniku wskazał na dwie stawki podatku VAT. Skoro zatem odwołujący przechodząc na tym postanowieniem s.i.w.z. niejako bez cienia krytyki to nie sposób uznać, że czynność złożenia oferty z tylko jedną stawką podatku VAT była prawidłowa. Być może, jak to słusznie zauważył zamawiający, odwołujący nie mając doświadczenia w świadczeniu tego typu rodzaju usług, gdyż w zakresie potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, posłużył się zasobami podmiotu trzeciego, przyjął błędne założenie, że w tego typu rodzaju zamówienia będzie obowiązywała jedna stawka podatku VAT, gdyż jest to usługa kompleksowa.

W ocenie Izby czynności przewidziane do realizacji przedmiotowego postępowania nie mają charakteru usług kompleksowych, co odwołujący powinien wywieść z treści s.i.w.z. Tym samym nie było możliwe zastosowanie jednej obniżonej stawki VAT do całego postępowania.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt. III CZP 53/11 „*Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę z kolei stawki wyższej niż obowiązująca, może nie czynić jego oferty konkurencyjną, nie ma istotnego znaczenia. Dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo*

ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Stąd też, w sytuacji gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności pozbawionej doniosłości prawnej. Realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawa zapewnia przez ustanowienie mechanizmu kontroli i selekcji ofert. Sposób i zakres tej kontroli oraz jej skutki określają przepisy art. 87 i art. 89 ustawy. Podstawowym dokumentem, które jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT.”.

Jeżeli zatem zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, lub w innej jej części (np. tak jak w przedmiotowym postępowaniu – w kosztorysie ofertowym), wskazał stawkę (stawki) podatku VAT obowiązującą w tym konkretnym postępowaniu, a wykonawca do tej instrukcji się nie zastosował, to nie było innej możliwości, jak tylko odrzucenie oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niemniej wskazać również należy, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący samodzielnie, z własnej inicjatywy pozbawił się możliwości dokonania ewentualnej poprawy omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie dochowując należytej staranności nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego. Obowiązek załączenia tego formularza wynika bowiem wprost z jego treści, w której zamawiający pozostawił miejsce na podpis składającego ten dokument wykonawcy, jak też w formularzu tym znajduje się odniesienie do formularza ofertowego. Dopiero komplet tych dwóch dokumentów stanowił nierozzerwalną całość. Nadto niezłożenie kosztorysu ofertowego przez odwołującego uniemożliwiło zamawiającemu porównanie zgodności cen, jak też prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT. W ocenie Izby działanie odwołującego było działaniem świadomym i celowym, gdyż podanie stawek VAT do czynności wymienionych w tym formularzu, a z całą pewnością nie znajdujących poparcia w obowiązujących przepisach prawa podatkowego, spowodowałoby jasny i czytelny obraz działania odwołującego, z którego bezsprzecznie wynikałaby rozbieżność co do możliwości zastosowania odmiennych stawek podatku VAT.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu, który potwierdzałby słuszność stawianych zarzutów. Nie przedłożono również żadnego dowodu na okoliczność, że zaproponowana 8% stawka podatku VAT była stawką prawidłową dla całego zakresu zamówienia.

Tym samym czynność zamawiającego uznać należało za prawidłową.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

