

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Jolanta Markowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2012 r.

przez wykonawcę: **„AWAS-Serwis” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-764 Warszawa, ul. Egejska 1/34**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Stalowa Wola, 37-450 Stalowa Wola, ul. Wolności 7**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego „AWAS-Serwis” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Stalowa Wola i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez „AWAS-Serwis” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Gminy Stalowa Wola na rzecz „AWAS-Serwis” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

Sygn. akt KIO 785/12

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stalowa Wola – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Eksploatacja piaskowników i separatorów na terenie miasta Stalowa Wola w latach 2012-2014* (oznaczenie sprawy: Or-VI.271.20.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 marca 2012 r. pod nr 52783-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.stalowawola.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 369.150,00 zł, co stanowi równowartość 91.837.537,50 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 73830,00 zł, co stanowi równowartość 18367,50 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 375.000,00 zł brutto.

W wewnętrznym dokumencie Zamawiającego pn. *Określenie wartości zamówienia* określono ją w kwotach brutto w następujący sposób: 123.050,00 zł/rok i 369.150,00 zł/lata 2012-2014.

13 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem oraz drogą elektroniczną Odwołującemu – AWAS-Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty EKO-SERVICE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp z uwagi na sporządzenie oferty z zastosowaniem *nieprawidłowej stawki VAT*.

18 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

Sygn. akt KIO 785/12

1. Art. 92 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 – przez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn, które spowodowały odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 6 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach – przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta ta zawierała prawidłowe określenie ceny, w tym stawki podatku od towarów i usług VAT.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał w następujący sposób okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[Zarzut 1.]

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zawiadamiający informując wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W przedmiotowej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, iż ten wskazał nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług. Pomimo obowiązku ustawowego, Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia (faktycznego i prawnego) na potwierdzenie swojego stanowiska, co w zasadzie uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do tej decyzji. Za uzasadnienie faktyczne nie można uznać lakonicznego i niezwykle oględneho wskazania, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT. Zamawiający powinien był bowiem poinformować Odwołującego w jakim zakresie oferty została zastosowana błędna stawka podatku i wskazać stawkę, zdaniem Zamawiającego, prawidłową. Ponadto na Zamawiającym spoczywał obowiązek przedstawienia argumentów na potwierdzenie swojej tezy i to zarówno faktycznych, jak i prawnych.

Postępowanie Zamawiającego w znacznym stopniu utrudnia Odwołującemu skorzystanie w pełni ze środków ochrony prawnej, które gwarantuje ustawa pzp, gdyż nie wie z jakich powodów faktycznych, dotyczących ściśle przedmiotu niniejszego postępowania, Zamawiający uznał zastosowaną przez Odwołującego stawkę VAT za nieprawidłową i na jakich przepisach w tym zakresie oparł swe stanowisko (odrzucenie oferty wskazuje wyłącznie na art. 86 ust. 1 pkt. 6 pzp, co zdaniem Odwołującego jest niewystarczające). W konsekwencji Odwołujący został zmuszony do antycypowania tych przyczyn i polemiki z

Sygn. akt KIO 785/12

argumentacją, której *de facto* nie ma. Tymczasem zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej *uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie.* [wyrok z 17 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1658/11]

Zaniechanie przedstawienia przez Zamawiającego uzasadnienia prawnego i faktycznego swojej decyzji powoduje także naruszenie zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Takie stanowisko prezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza. *Zamawiający obowiązany jest podać zarówno uzasadnienie faktyczne jak i uzasadnienie prawne. Realizacja obowiązku wynikającego z art. 92 ustawy prawo zamówień publicznych powiązane są z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia a także zasadą uczciwej konkurencji jaka powinna być zachowana w postępowaniu i zasadą równego traktowania wykonawców. Działania takie mają zapewnić wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym czynność Zamawiającego, będąca jego oświadczeniem, powinna być jasna i precyzyjna, wola Zamawiającego powinna być wyrażona w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby nie wprowadzała wykonawców w błąd a wykonawcy mieli możliwość odniesienia się zarówno do podstaw faktycznych jak i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania.* [tak wyrok z 29 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2666/11] *Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. (...) Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach* [tak wyrok z 5 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2503/11].

Brak precyzyjnego wskazania na czym polega błąd w obliczeniu ceny i niepodanie prawidłowej, zdaniem Zamawiającego, stawki VAT prowadzi do wniosku, że Zamawiający w istocie nie poinformował Odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty, co narusza także zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp. [Tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 września 2011 r., sygn. akt KIO 1934/11].

A zatem *Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności.* [Tak wyrok KIO z 5 grudnia 2011 roku, sygn. akt KIO 2503/11]

[Zarzut 2.]

Odwołujący ze względu na brak uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty nie jest w stanie w pełni wykazać, że Zamawiający błędnie uznał zastosowaną przez Odwołującego stawkę VAT za nieprawidłową, gdyż nie zna argumentacji Zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz na podstawie oferty EKO-SERVICE antycypuje, że Zamawiający przyjął za właściwą, odmiennie od Odwołującego, stawkę VAT w wysokości 8%.

Zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług świadczenie usług jest opodatkowane stawką 23% podatku VAT, chyba że przepis szczególny tej ustawy lub rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 2010 roku w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług – stanowi inaczej. W przedmiotowej sprawie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) Zamawiający wskazał, iż wykonawca jest zobowiązany do kompleksowej obsługi piaskowników i separatorów na terenie miasta Stalowa Wola polegającej m.in. na wykoszeniu terenu i karczowaniu samosiejek w obrębie piaskowników, kontroli eksploatacji urządzeń oczyszczających, konserwacji i remontach ogrodzeń piaskowników, prowadzeniu ksiąg eksploatacyjnych piaskowników, usunięcie piasku wraz z wywiezieniem go 2 razy do roku, usunięcie raz do roku zanieczyszczeń z separatorów. Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że w stosunku do tych usług Odwołujący właściwie wskazał 23% stawkę podatku VAT. Zgodnie z objaśnieniami do Polskiej Kwalifikacji Wyborów i Usług usługi, na które składa się kilka różnych rodzajowo czynności należy zakwalifikować tak jak usługę, która stanowi podstawę zamówienia. Oceniając ową podstawę nie można się jednak kierować wyłącznie samą nazwą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadaną przez Zamawiającego, lecz należy badać szczegółowy zakres prac składający się na wykonanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie należy uznać, że Zamawiający wskazał w załączniku nr 1 do s.i.w.z. głównie usługi o charakterze remontowo-konserwacyjnym, które stanowią zasadniczą część zamówienia. Jedyłą czynnością, która zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku dla towarów i usług jest objęta 8% stawką podatku VAT, jest wywóz i utylizacja zanieczyszczeń z separatorów raz do roku. Zatem nie ma podstaw aby usługi związane z konserwacją i remontem piaskowników były objęte niższą 8% stawką podatku VAT, właściwą dla usług związanych z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków, na podstawie tego przepisu ustawy oraz załącznika nr 3 do niej, gdyż nie są one częścią składową usługi związanej ze ściekami.

Odwołujący przedstawił także zakres prac do wykonania objęty przedmiotem

Sygn. akt KIO 785/12

zamówienia przy jednorazowej usłudze [w nawiasie podano informacje pominięte przez Odwołującego]:

1. Czyszczenie piaskowników poziomych otwartych w tym:

- a) *usunięcie piasku wraz z wywiezieniem 2 razy w roku w terminach: do 31 maja [i do 30 listopada – co Odwołujący pominął]*
- b) *wykoszenie terenu i karczowanie samosiejek w obrębie piaskowników [2 razy w roku – co Odwołujący pominął]*
- c) *konserwacja i remonty ogrodzeń piaskowników*
- d) *pomalowanie barierek ochronnych przy komorach piaskowników*
- e) *prowadzenie ksiąg eksploatacji piaskowników*
- f) *kontrola eksploatacji urządzeń oczyszczających [co najmniej raz na sześć miesięcy – co Odwołujący pominął]*

2. Czyszczenie osadników i separatorów w tym:

- a) *usunięcie piasku wraz z wywiezieniem [1 razy w roku w terminie – co Odwołujący pominął: do 31 maja [każdego roku – co Odwołujący pominął],*
- b) *wykoszenie terenu i karczowanie samosiejek w obrębie piaskowników [1 razy w roku – co Odwołujący pominął],*
- c) *czyszczenie żaluzji, pływaków, usunięcie zanieczyszczeń z separatorów 1 razy w roku w terminie: do 31 maja,*
- d) *wywiezienie i utylizacja zanieczyszczeń w miejscu utylizacji z zachowaniem odpowiednich przepisów prawa,*
- e) *eksploatacja separatorów zgodnie z przepisami prawa i zgodnie z DTR i instrukcjami producentów urządzeń,*
- f) *prowadzenie ksiąg eksploatacji separatorów i piaskowników,*
- g) *kontrola eksploatacji urządzeń oczyszczających*

W odwołaniu wyszczególniono, że na wartość jednorazowej usługi dla wszystkich urządzeń wynoszącą w jego ofercie 61000,00 zł netto (zgodnie z pkt. 2 tabeli formularza ofertowego), składają się następujące czynności:

- a) *czyszczenie separatorów, osadników i piaskowników (usunięcie piasku, usunięcie zanieczyszczeń, czyszczenie żaluzji, pływaków) – o wartości 27.450,00 zł netto;*
- b) *wykoszenie terenu oraz karczowanie samosiejek w obrębie urządzeń – o wartości 2.975,00 zł netto;*
- c) *konserwacja i remonty ogrodzeń piaskowników, pomalowanie barierek ochronnych przy komorach piaskowników – o wartości 1.200,00 zł netto;*

Sygn. akt KIO 785/12

- d) kontrola eksploatacji urządzeń oczyszczających co najmniej raz na sześć miesięcy, eksploatacja separatorów zgodnie z przepisami prawa i zgodnie z DTR i instrukcjami producentów urządzeń, prowadzenie ksiąg eksploatacji piaskowników, separatorów – o wartości 2.550,00 zł netto;
[W sumie wartość usług wymienionych powyżej – 34.175,00 zł netto – wszystkie usługi objęte są stawką 23% VAT.]
- e) usługa wywiezienia i utylizacji zanieczyszczeń w miejsce utylizacji – o wartości 26.825,00 zł, objęta stawką 8% podatku VAT.

Przy takim zdefiniowaniu usługi będącej przedmiotem postępowania, jak to uczynił Zamawiający, próba podporządkowania robót konserwacyjnych, remontowych, serwisowych oraz utrzymaniowych, mająca na celu umożliwienie stosowania obniżonej stawki podatku VAT, jest nieuzasadniona. Obniżona stawka podatku VAT (8%) obowiązywałaby na utylizację odpadów, jeśli Zamawiający rozbiłby w tabelach cenowych na odrębne pozycje czyszczenie i konserwację urządzeń oraz odbiór i utylizację odpadów, wyłącznie w stosunku do odbioru i utylizacji odpadów.

Zamawiający w analogicznym postępowaniu przetargowym w 2011 r. wybrał ofertę złożoną przez spółkę UNIMARK sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach, która to zastosowała 23 % stawkę podatku VAT. Zamawiający w poprzednim postępowaniu wybrał ofertę wykonawcy, który zastosował taką samą jak Odwołujący stawkę podatku VAT. Stan prawny w zakresie podatków w oparciu o który Zamawiający odrzucił ofertę nie uległ zmianie. Brak jest zatem podstawy do wskazania dlaczego w tym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

30 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający złożył na posiedzeniu przesłał pisemną odpowiedź na odwołanie – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

W niniejszym postępowaniu złożono 5 ofert, a oferta Odwołującego pod względem ceny była najniższa. Po sprawdzeniu 5 ofert Zamawiający stwierdził, iż oferty zawierają różne stawki podatku VAT. Dwie z ofert sporządzono z zastosowaniem stawki VAT 23%, zaś pozostałe trzy zawierały stawkę 8%. Mając na uwadze liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz potwierdzające tę linię orzeczniczą uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11), w której Sąd Najwyższy stwierdził, iż *określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny*, Zamawiający postanowił

wyjaśnić zastosowane przez wykonawców stawki podatku VAT. 29 marca 2012 r. do wszystkich pięciu wykonawców wysłano wezwania do wyjaśnień, z zapytaniem o podstawy zastosowania przedstawionej przez nich stawki podatku VAT. Na wezwanie odpowiedziało jedynie czterech wykonawców, w tym Odwołujący. Trzech wykonawców, którzy zastosowali 8% stawkę podatku VAT, zgodnie wyjaśniło, wskazując w głównej mierze na grupowanie PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*. Zgodnie z załączoną do wyjaśnień każdego z tych wykonawców interpretacją Urzędu Statystycznego w Łodzi, kompleksowe usługi czyszczenia separatorów obejmują między innymi wypompowanie zawartości osadników, umycie wnętrza, sprawdzenie połączeń, usunięcie nieczystości, kontrolę stanu technicznego, transport i przekazanie odpadów do utylizacji, opracowanie i przekazanie zleceniodawcy dokumentów prac serwisowych i odbioru odpadów.

Natomiast Odwołujący przedstawił własną interpretację popartą objaśnieniami do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, z którą Zamawiający zasadniczo się zgadza. Odwołujący wskazał, iż usługi składające się z kombinacji różnych czynności, powinny być zakwalifikowane tak, jak gdyby składały się z usługi, która nadaje zasadniczy charakter. Nie do przyjęcia jednak jest stanowisko Odwołującego, który wskazuje na usługi pomocnicze, takie jak: wykoszenie terenu i karczowanie samosiejek w obrębie piaskowników, czy też pomalowanie barierek ochronnych przy komorach piaskowników, jako usługi mające charakter zasadniczy. Jak uszczegółowione to zostało w załączniku nr 1 do s.i.w.z. przedmiotem zamówienia jest czyszczenie piaskowników i separatorów czyli urządzeń do oczyszczania ścieków. Średnioroczna grubość zanieczyszczeń występująca w piaskownikach i separatorach wynosi ok 0,8 m, zaś wykonywanie tego typu prac wymaga pozwolenia na transport i przetwarzanie odpadów pochodzących z piaskowników i separatorów o kodach przedstawionych w załączniku do s.i.w.z.

Nadto Odwołujący, na którym ciąży obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, mając jakiegokolwiek wątpliwości co do zakresu rzeczowego zamówienia winien był zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia w trybie art. 38 ust 1 pzp. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z 13 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 418/12), w którym Izba stwierdza: *W ocenie Izby, każdy profesjonalny Wykonawca winien przed ustaleniem właściwej stawki podatku VAT uzyskać miarodajne i wiarygodne dane, w szczególności pozwalające na odstąpienie od stawki podstawowej na rzecz preferencyjnej (8%). Wobec powyższego Odwołujący winien zwrócić się o wyjaśnienie w trybie art. 38 ust. 1 P.z.p., w szczególności wobec takiego, a nie innego stanu technicznego budynku objętego opisem przedmiotu zamówienia. Powyższe było tym bardziej konieczne z uwagi na prawo*

Zamawiającego do weryfikacji prawidłowości zastosowania takiej, a nie innej stawki podatku VAT, zwłaszcza w sytuacji, gdy tylko jeden z Wykonawców składających ofertę zastosował stawkę preferencyjną.

Istotą złożonego odwołania jest, po pierwsze, kwestia zaniechania sporządzenia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a po drugie, odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT. W ocenie Zamawiającego oba te zarzuty są bezzasadne.

Odwołujący eksponuje w treści odwołania kwestie lapidarności uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponieważ został on wyczerpująco opisany w s.i.w.z. oraz nie charakteryzuje się żadną szczególną złożonością, wskazanie przez Zamawiającego na przyczynę odrzucenia oferty w postaci zastosowania nieprawidłowej stawki VAT w zasadzie wyczerpuje istotę merytorycznego uzasadnienia czynności Zamawiającego. Bez znaczenia jest okoliczność, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie wskazał jaka, jego zdaniem, winna być zastosowana prawidłowa stawka podatku VAT, gdyż nie sposób założyć, iż profesjonalny wykonawca nie posiada elementarnej wiedzy w zakresie uregulowań ustawy o podatku od towarów i usług, a w szczególności w zakresie stawek podatku VAT. Polski system prawny od chwili wejścia w życie ustawy od podatku od towarów i usług, generalnie przewiduje dwie stawki podatku VAT (23% i 8%) dla towarów i usług. Określenie jako przyczyny odrzucenia oferty zastosowanie przez Odwołującego nieprawidłowej stawki podatku VAT, automatycznie wskazuje, iż prawidłową stawką podatku VAT jest druga i zarazem jedyna możliwa do zastosowania ze względu na przedmiot zamówienia stawka tego podatku w wysokości 8%. Zamawiający nie wskazując w swoim rozstrzygnięciu na taką oczywistość, miał na uwadze, iż kieruje swoje stanowisko do profesjonalnego wykonawcy.

Istotne jest, że przedmiot zamówienia nie wskazywał na konieczność zastosowania różnych stawek podatku VAT do poszczególnych jego elementów, zatem zbędne było wskazywanie przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym podjętej przez niego czynności odrzucenia oferty na jakiegokolwiek inne okoliczności będące podstawą jego działania. Jedynie w sytuacji kiedy zachodzi konieczność zastosowania różnych stawek podatku VAT do poszczególnych elementów zamówienia, przy odrzuceniu oferty wykonawcy niezbędne jest wskazanie w uzasadnieniu tej czynności na zakres w jakim zastosowano nieprawidłową stawkę podatku.

Odwołujący popiera swoją argumentację orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, które dotyczą postępowań o bardziej skomplikowanych stanach faktycznych, w których

wyjaśnienia były niezbędne dla wykonawców, którzy np. nie mogli zorientować się w jakiej części zamówienia zastosowali nieprawidłową stawkę podatku. Jak wskazano powyżej tak skomplikowana sytuacja w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. Stanowisko Odwołującego, który odniósł się w odwołaniu meritum sprawy, wskazuje, że jest on w pełni zorientowany z jakiego powodu jego oferta została odrzucona, co czyni całkowicie chybionym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Odrzucenie oferty zawsze wynika z całego toku postępowania, do którego na każdym etapie wgląd ma wykonawca. Analogiczne stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 9/12) w którym stwierdza, iż: *P.z.p nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, a zatem należy uznać, że uzasadnienie takie powinno wskazywać co najmniej okoliczności faktyczne, stanowiące podstawę odrzucenia oferty*". W dalszej treści uzasadnienia wyroku podnosi zaś: *Zamawiający faktycznie nie wyjaśnił szczegółowo źródeł powziętej przez niego wiedzy, nie można jednak tej okoliczności uznać za „zatajenie przyczyn odrzucenia przed wykonawcą” (...) Dokumentacja postępowania jest jawna i podlega udostępnieniu na wniosek wykonawcy. Zapoznanie się przez odwołującego z protokołem postępowania i załącznikami do protokołu wyjaśniłoby wszelkie wątpliwości odwołującego odnośnie ogólnie podanej przez zamawiającego informacji (...)*. Odwołujący z możliwości wglądu do dokumentacji skorzystał, otrzymując pisma z wyjaśnieniami wykonawców oraz pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi. Lakoniczność uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego nie mogła w niniejszym postępowaniu wyrzucić żadnego negatywnego skutku dla Odwołującego w zakresie jego wiedzy co do przyczyn odrzucenia oferty.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, jest on bezzasadny z przyczyn podanych powyżej. Błędne jest także stanowisko w zakresie prawidłowego określenia stawki podatku VAT zawarte w treści odwołania. Znalazła się tam wycena elementów zamówienia, w której błędnie zakwalifikowano czyszczenie separatorów, osadników i piaskowników do stawki 23%, podczas gdy czyszczenie separatorów i piaskowników mieści się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*, a zatem usługi te objęte są stawką VAT 8 %. Zamówienie opisano jako czyszczenie piaskowników poziomych otwartych oraz czyszczenie osadników i separatorów, w tym wykazano dodatkowe usługi związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a charakter zasadniczy zamówienia potwierdzony został kodem CPV 90000000-7 *Usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania i usługi ekologiczne*.

Problematykę stawek podatku VAT przy różnorodności przedmiotu zamówienia, poza

Sygn. akt KIO 785/12

opisanym powyżej stanowiskiem Urzędu Statystycznego w Łodzi, wyjaśniają liczne indywidualne interpretacje, takie jak np. interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach działającego w imieniu Ministra Finansów, który uznał prawidłowość stanowiska wnioskodawcy w przedmiocie *opodatkowania usług czyszczenia separatorów wraz z konserwacją, transportem odpadów do neutralizatorni (...) i ich unieszkodliwiania. Wnioskodawca stwierdza: doktryna świadczenia kompleksowego nie pozwala na sztuczne i niecelowe wyodrębnianie poszczególnych usług w przypadku usług oczyszczania elementów sieci kanalizacyjnych świadczonych przez niego. Dlatego też Wnioskodawca stoi na stanowisku, iż dana usługa przez niego świadczona powinna podlegać opodatkowaniu według takiej stawki, jak usługa oczyszczania, bez wyodrębniania w szczególności usługi transportowej i usługi utylizacji nieczystości. Takie wyodrębnienie byłoby bowiem niecelowe z punktu widzenia systemu podatku od towarów i usług.* Tożsamego zdania jest również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2729/11), w którym stwierdza: *Jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu który nadaje całości zasadniczy charakter.*

Kwalifikowanie przez Odwołującego ze względu na wartość wycenioną przez wykonawcę danej usługi jest oczywiście błędne. Konstruując formularz ofertowy Zamawiający nie dokonał podziału zamawianych usług w taki sposób, w jaki Odwołujący podzielił je na potrzeby wyceny zawartej w odwołaniu Formularz ofertowy wskazuje na wycenę przedmiotu z uwzględnieniem miejsca jego realizacji tj. ulice oraz osiedla, a nie z uwzględnieniem różnych elementów usługi. Wycena dokonana w odwołaniu nie jest w żaden sposób możliwa do potwierdzenia poprzez jej porównanie z treścią oferty. Ponadto wyliczone przez Odwołującego w punkcie a) oraz e) elementy zamówienia, dla których właściwa jest stawka VAT 8%, mają wartość 54.275 zł w ujęciu rocznym. Zatem gdyby opierać się na wartości poszczególnych elementów zamówienia wskazanej przez Odwołującego w treści odwołania, to elementy podlegające podatkowi VAT 8% przedstawiają w ofercie Odwołującego wartość stanowiącą około 89% całości zamówienia (jego wartości całkowitej).

Zamawiający wyjaśnia, iż prowadząc postępowanie w 2011 r. kierował się wieloma interpretacjami, w tym wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej aktualnymi w tymże okresie. Do czasu podjęcia przez Sąd Najwyższy powyżej wymienionych uchwał doktryna oraz praktyka była zdania, iż obowiązek określenia prawidłowej stawki VAT leży w interesie wykonawcy, zaś zamawiający winien jedynie porównywać ceny brutto, i tak też Zamawiający uczynił w tamtym postępowaniu. W aktualnym postępowaniu UNIMARK sp. z o. o. z siedzibą w Wadowicach zastosowała w ofercie stawkę podatku VAT 8%, załączając so wyjaśnień

stosowne stanowisko Urzędu Statystycznego w Łodzi.

Zamawiający chciałby również wskazać na brak celowości odwołania opartego na zarzucie wskazującym na lakoniczność uzasadnienia faktycznego, gdyż w tym przypadku uznanie odwołania i powtórzenie czynności przez zamawiającego doprowadzi jedynie do ponownego przesłania informacji do Odwołującego o szerszej treści uzasadnienia. Podobnego zdania jest Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 22 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2176/10), w którym zawarto tezę iż: *Lakoniczność uzasadnienia faktycznego zawartego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty skierowanym do Odwołującego nie stanowi naruszenia, które mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, skoro w wyniku ponownej oceny ofert, wobec braku możliwości zmiany treści oferty w zakresie nieprawidłowego wskazania preparatów oferta Odwołującego ponownie została odrzucona na tej samej podstawie prawnej.* Analogicznie wobec braku możliwości poprawienia nieprawidłowo określonej stawki VAT miałyby to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

25 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował, że przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania 19 kwietnia 2012 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu z postępowania, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwań Zamawiającego do wyjaśnień, odpowiedzi udzielonych przez wykonawców wraz z załączonymi dokumentami, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego, złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie przez Strony w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w dwóch miejscach, po pierwsze – w rozdziale III s.i.w.z. pn. *Opis przedmiotu zamówienia* (treść wynikająca z dwóch pierwszych punktów została przytoczony w odwołaniu z niewielkimi skrótami), który w pkt 4 odsyłał w zakresie określenia zakresu zamówienia do załącznika nr 1 pn. *Specyfikacja zamówienia*. W pkt 1.3 tego załącznika wyszczególniono analogiczny zakres prac jak opisany w rozdziale III. Pkt 1.4 zawiera informacje o lokalizacji, typie oraz liczbie piaskowników i separatorów. Natomiast w pkt. 1.5 *Ochrona środowiska* sprecyzowano wymaganie przedstawienia koncesji (zezwolenia) na transport i przetwarzanie odpadów pochodzących z piaskowników i separatorów o następujących kodach: 13 05 01 – odpady stałe z piaskowników i z odwadniania olejów w separatorach, 13 05 02 – szlamy z odwadniania olejów w separatorach, 13 05 03 – szlamy z kolektorów, 13 05 06 – olej z odwadniania olejów w separatorach, 13 05 07 – zaolejona woda z odwadniania olejów w separatorach, 13 05 08 – mieszanina odpadów z piaskowników i woda z odwodnienia olejów w separatorach. Skorelowano z tym wymaganie przedłożenia zatwierdzonego programu gospodarki odpadami w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (pkt 5). W pkt. 8

Sygn. akt KIO 785/12

zdefiniowano odbiór robót w następujący sposób: *Odbiór robót pod nadzorem inspektora Urzędu Miasta. Karty przekazania odpadów dla poszczególnych urządzeń (piaskowników i separatorów) zatwierdzone po zakończeniu etapu przez inspektora nadzoru Urzędu Miasta.*

Rozdział XIV pn. *Opis sposobu obliczania ceny*, zawiera następujące postanowienia:

1. *Cenę należy określić w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji.*
2. *Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje.*
3. *Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen.*

W pkt 2. formularza ofertowego przewidziano podanie wartości oferty w następujący sposób. Po pierwsze – zamieszczono tabelę wyszczególniającą siedem pozycji według lokalizacji odpowiednio: zestawu piaskownik + separator (poz. 1), zestawu osadnik + separator (poz. 2-4 i 6), piaskownika zintegrowanego z osadnikiem (poz. 5) lub samego osadnika (poz. 7 i 8) – dla każdej pozycji przewidując miejsce na wpisanie ceny netto. W podsumowaniu należało podać cenę *razem netto* i *razem brutto*. Po drugie – pod tabelą przewidziano miejsce na wpisanie: wartości oferty netto, stawki i kwoty podatku VAT oraz łącznej ceny brutto oferty.

Pismem z 14 marca 2012 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień wątpliwości zgłoszonych przez jednego z wykonawców co do sposobu wypełnienia druku formularza oferty w zakresie pkt 2.: *...w tabelce formularza ofertowego należy wycenić obsługę jednorazową piaskowników i separatorów, natomiast na drugiej stronie formularza ofertowego (po tabelce) należy wskazać wartość oferty za 3 letni okres wykonywania usługi, jednocześnie mając na uwadze, iż separatory i piaskowniki z pozycji 7 i 8 mają być czyszczone 2 razy w roku, natomiast separatory i piaskowniki z pozycji 1-6 będą czyszczone 1 w roku. Należy również mieć na uwadze zapisy załącznika nr 1 – specyfikacja zamówienia.*

Zgodnie z brzmieniem § 4 projektu umowy: *Za realizację przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy, zgodnie z ofertą złożoną w przetargu, w kwocie brutto: ...*

Izba ustaliła również, że Zamawiający w pkt. 13 protokołu postępowania zamieścił następujące uzasadnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty EKO-SERVICE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie: *Oferta wykonawcy była najkorzystniejsza. Wykonawca nie został wykluczony a jego oferta nie została odrzucona. Oferta została sporządzona z*

zastosowaniem poprawnej stawki VAT, tj. 8% co potwierdzają interpretacje Urzędu Statystycznego w Łodzi. Większość usług objętych postępowaniem mieści się w grupowaniu: PKWiU 37.00.1 Usługi związane ze ściekami. Pozostałe natomiast należy traktować pomocniczo – w związku z powyższym opodatkować właściwą dla zasadniczej części prac, tj. 8%.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 89 ust. 2 pkt 6 pzp i zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Zamawiający stwierdził nieprawidłowość zastosowanej przez Odwołującego podstawowej stawki podatku VAT, kierując się wyjaśnieniami trzech innych wykonawców, którzy zastosowali preferencyjną stawkę 8%. Z protokołu postępowania i odpowiedzi na odwołanie wynika, że szczególne znaczenie miały dla Zamawiającego załączone przez tych wykonawców interpretacje Urzędu Statystycznego w Łodzi dotyczące zaklasyfikowania określonych usług według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.). Po pierwsze – jest to pismo z 3 marca 2011 r. skierowane do Z.U.H. OpolKan Service mgr inż. Tomasz Mazur z Krapkowic (załączonym do wyjaśnień przez wykonawców – spółkę cywilną Kanalizacja Polska KAN-POL M. Olszówka, R. Gniadek z Krakowa). Urząd Statystyczny w Łodzi stwierdził w nim, że *kompleksowe usługi polegające na wypompowaniu zawartości separatorów substancji ropopochodnych i tłuszczowych zamontowanych na instalacjach kanalizacji deszczowych i sanitarnych, oczyszczaniu wewnątrz separatorów oraz wywiezieniu zanieczyszczeń do utylizacji*, mieści się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*. Po drugie – jest to pismo z 3 czerwca 2011 r. skierowane do UNIMARK sp. z o.o. z siedzibą w Wadowicach, w którym ten sam urząd stwierdził, że *usługi czyszczenia separatorów oraz osadników oczyszczających wody opadowe z kanalizacji deszczowej, obejmujące między innymi wypompowanie zawartości osadników, umycie wnętrza, sprawdzanie połączeń, usunięcie nieszczelności, kontrolę stanu technicznego, transport i przekazanie odpadów do utylizacji, opracowanie i przekazanie zleceńodawcy dokumentów prac serwisowych i odbioru odpadów* – również mieszczą się w grupowaniu

PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*. Trzecie pismo z 16 listopada 2006 r., załączone do wyjaśnień złożonych przez EKO-SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Chrzanowie (wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą), dotyczy nieobowiązującej już PKWiU, wprowadzonej poprzednio obowiązującym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 844, z późn. zm.). Wspomniany urząd uznał *usługi polegające na zbieraniu i wywozie – na składowisko, przez firmy wyspecjalizowane w zakresie wywozu odpadów – różnego rodzaju odpadów i śmieci (innych niż niebezpieczne) zarówno z gospodarstw domowych, jak i z zakładów przemysłowych i handlowych, które nie będą poddawane dalszej obróbce w procesie produkcyjnym, lecz zostaną unieszkodliwione – za mieszczące się w grupowaniu PKWiU 90.02.11-00.00 Usługi w zakresie gromadzenia i wywozu odpadów*. Natomiast *usługi polegające na wywozie odpadów niebezpiecznych na składowisko lub miejsca unieszkodliwiania odpadów – przez wyspecjalizowane firmy w zakresie wywozu odpadów, odbiór i wywóz odpadów niebezpiecznych – za mieszczące się w grupowaniu PKWiU 90.02.14-00.00 Usługi specjalistyczne związane z zagospodarowaniem odpadów*. W tym ostatnim przypadku Zamawiający polegał na wyjaśnieniach wykonawcy, który stwierdził, że według aktualnie obowiązującej PKWiU dla obydwu opisanym powyżej przypadków właściwe będzie grupowanie 38.22.29.0 *Usługi związane z unieszkodliwianiem pozostałych odpadów niebezpiecznych*.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zajął się polemiką ze stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu, jednak nie wykazał co uprawniało go do uznania, że zastosowana przez Odwołującego w ofercie podstawowa stawka podatku VAT jest nieprawidłowa.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że klasyfikując do grupowania 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*, Urząd Statystyczny w Łodzi wypowiadał się za każdym razem na temat usług opisanych przez wnioskodawców. Porównanie ich zakresu z zakresem usług objętych przedmiotem zamówienia uwidoczniła, że w zgłoszony Urzędowi Statystycznemu stan faktyczny nie obejmował tego rodzaju czynności jak *wykoszenie terenu i karczowanie samosiejek w obrębie piaskowników, konserwacja i remonty ogrodzeń piaskowników, czy pomalowanie barierek ochronnych przy komorach piaskowników*. Z tego względu uzyskane w przeszłości przez wykonawców stanowisko Urzędu Statystycznego w Łodzi nie może być uznane za adekwatne dla przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego. Należy także zwrócić uwagę, że wybrany wykonawca, wbrew temu co wynika z protokołu postępowania nie wskazał na grupowanie PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*, lecz na zupełnie inne, opisane powyżej. Po drugie, oczywistym jest, że w pismach tych Urząd Statystyczny, zgodnie ze swoim zakresem kompetencji,

wypowiadał się wyłącznie co do właściwego grupowania zakresu czynności opisanych we wniosku według PKWiU, a nie o właściwej dla danego grupowania stawce podatku VAT. Tymczasem Zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia typu *zastosowaliśmy 8% stawkę podatku VAT na podstawie posiadanej przez nas, aktualnej interpretacji Urzędu Statystycznego w Łodzi* (pismo UNIMARK sp. z o.o. z 30 marca 2012 r.). To nieuprawnione rozumowanie znalazło odzwierciedlenie w protokole postępowania, z którego wynika, że prawidłowość stawki VAT 8% dla przedmiotu zamówienia rzekomo miałyby potwierdzać interpretacje Urzędu Statystycznego w Łodzi. Również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający twierdzi jakoby problematyką stawek podatku VAT przy różnorodności przedmiotu zamówienia miałyby zajmować się Urząd Statystyczny w Łodzi.

Po trzecie, Zamawiający zaakceptował również następujące wyjaśnienia: *Symbol PKWiU ex 37, obejmujący grupę usług, w tym 37.00.1 został ujęty w załączniku nr 3 (zawierającym wykaz towarów i usług objętych stawką podatku VAT w wysokości 8%) do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, ze zmianami w postaci ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie podatku od towarów i usług*. Tymczasem zgodnie z art. 2 pkt 30 ustawy o podatku od towarów i usług, przez *PKWiU ex* rozumie się zakres wyrobów lub usług węższy niż określony w danym grupowaniu Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Umieszczenie takiego dopisku przy konkretnym symbolu statystycznym oznacza zawężenie stosowania zwolnienia lub obniżonej stawki podatku VAT wyłącznie do usług należących do wymienionego grupowania statystycznego, które zostały opisane w rubryce *nazwa usługi* załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. W ten sposób wynikające z konkretnego załącznika stawka VAT lub zwolnienie dotyczy wyłącznie konkretnej usługi z danego grupowania, a nie całego grupowania. W poz. 142 załącznika nr 3 do ustawy o podatku, zawierającego wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%, pod pozycją 142 znajdują się usługi sklasyfikowane pod symbolem PKWiU ex 37 *Usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków*. Według PKWiU dział 37 *Usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków; osady ze ścieków kanalizacyjnych* obejmuje następujące grupowania: 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*, 37.00.11 *Usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków*, 37.00.12 *Usługi związane z opróżnianiem szamb i dołów glinianych* i 37.00.2 *Osady ze ścieków kanalizacyjnych*. Jednak dopisek *ex-37* oznacza, że z działu PKWiU 37 pod nazwą *Usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków; osady ze ścieków kanalizacyjnych* – opodatkowaniu stawką 8% podlegają wyłącznie usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków. Zatem nie można stwierdzić, że wszystkie usługi zaklasyfikowane

do PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami* podlegają zwolnieniu, gdyż ma ono charakter węższy i dotyczy wyłącznie usług związanych z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków.

Protokół sporządzony przez Zamawiającego zawiera również stwierdzenie, że ponieważ większość usług objętych postępowaniem mieści się w grupowaniu: PKWiU 37.00.1 *Usługi związane ze ściekami*, to pozostałe należy traktować pomocniczo i opodatkować właściwą dla zasadniczej części prac stawką 8%. Zamawiający nie tylko zatem rozszerzył zakres zastosowania obniżenia podatku opisanego jako *ex 37 – usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków*, ale również przyjął, że nawet jeżeli pewne usługi nie mieszczą się w grupowaniu 37.00.1, to i tak należało zastosować do nich obniżoną stawkę. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał za stosowne odwołanie się w tym zakresie do, jak stwierdził, licznych indywidualnych interpretacji organów podatkowych, choć poprzestał na przytoczeniu fragmentu bliżej niesprecyzowanej interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach działającego w imieniu Ministra Finansów. Pomijając kwestię braku powszechnie wiążącego charakteru tego typu interpretacji, z przytoczonego fragmentu wynika, że rozstrzygany problem dotyczył uznania za usługę kompleksową usługi oczyszczania i konserwacji separatorów wraz towarzyszącymi usługami transportu i utylizacji nieczystości z niego pochodzących. Nie jest to zatem argument przemawiający za możliwością uznania za usługę kompleksową świadczeń obejmujących obok usunięcia piasku i zanieczyszczeń oraz czyszczenia piaskowników i separatorów – konserwację i remont ogrodzeń piaskowników, czy też malowanie barierek ochronnych. Zamawiający nie jest konsekwentny, gdyż z jednej strony zdaje się odwoływać do koncepcji świadczeń, a z drugiej strony twierdzi, że przedmiot zamówienia nie ma charakteru złożonego i nie wymagał w ogóle rozważania kwestii właściwej stawki dla poszczególnych jego elementów. Tymczasem sama koncepcja tzw. świadczeń złożonych (kompleksowych) i jednolitego ich opodatkowania nie wynika wprost z przepisów podatkowych, zarówno krajowych, jak i unijnych, lecz wypracowana została w orzecznictwie ETS i sądów krajowych na tle konkretnych stanów faktycznych. Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnego konkretnego orzeczenia, które odnosiłoby się do stanu faktycznego dotyczącego takiego zespołu usług, jak objęte przedmiotem zamówienia. Tymczasem koncepcja świadczeń kompleksowych, zakładająca możliwość zastosowania jednolitej stawki dla różnych świadczeń, nie zmienia tego, że na gruncie przepisów podatkowych, jak w orzecznictwie ETS jest ona wyjątkiem od zasady ustalania stawki odrębnie dla każdego świadczenia. Zasadę tę wyraził ETS wprost w wyroku w sprawie *Card Plan Protection* (C-

349/96) stwierdzając, że ...z art. z art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne oraz że czynność złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT... Ponieważ zagadnienie świadczeń kompleksowych jest uznawane za najważniejszy problem w stosowaniu ustawy o podatku od towarów i usług, nie dysponując wypracowanym dla danego stanu faktycznego jednolitym stanowiskiem orzecznictwa, nie można twierdzić, że zastosowanie jednolitej stawki preferencyjnej dla wszystkich świadczeń objętych przedmiotem zamówienia jest kwestią oczywistą i niewymagającą odpowiedniego uzasadnienia. W ocenie Izby, pomijając nawet zdawkowość informacji zawartej w zawiadomieniu skierowanym do Odwołującego, Zamawiający takiego przekonującego uzasadnienia nie był w stanie również przedstawić w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający podkreślił w odpowiedzi na odwołanie, że opisał przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, a na rozprawie stwierdził, że celowo i świadomie przewidział w formularzu ofertowym miejsce na wpisanie jednej stawki dla przedmiotu zamówienia. Zatem nie określając w s.i.w.z. wysokości stawki podatku VAT, oczekiwał jednocześnie od wykonawców wskazania jednolitej stawki dla wszystkich usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Zważając na podnoszoną przez Zamawiającego kompletność opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący mógł nie musiał zgłaszać żadnych wątpliwości dotyczących przygotowanej w ten sposób s.i.w.z. Ponieważ to na wykonawcach ciążył obowiązek ustalenia właściwej wysokości tej założonej przez Zamawiającego jednolitej stawki podatku od towarów i usług, nie można czynić Odwołującemu zarzutu z tego, że z ostrożności zastosował stawkę podstawową. Nie ma przy tym znaczenia, czy Odwołujący w swoim rozumowaniu właściwie ustalił podział wartościowy świadczeń, które podpadają pod stawkę podstawową i preferencyjną. Doktryna, orzecznictwo, jak również praktyka organów skarbowych wskazuje, że w razie jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych co do opodatkowania podatkiem od towarów i usług, w tym zasadności stawek preferencyjnych, za właściwą należy uznać stawkę podstawową. Stanowisko takie zostało wyrażone m.in. w VAT. Komentarz, Lex 2010 r. wyd. IV, autorstwa A. Bartosiewicza i R. Kubackiego. W tezie nr 10 do komentowanego art. 41 stwierdzono, że: *Co do zasady, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania także powinna być stosowana ta stawka.* W ocenie Izby w niniejszej sprawie takie wątpliwości nie zostały usunięte przez Zamawiającego nawet w toku postępowania odwoławczego, a tym bardziej istniały w

momencie podejmowania przez Zamawiającego decyzji odrzuceniu oferty Odwołującego. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, zawierający zróżnicowane świadczenia, w połączeniu z oczekiwaniem wskazania dla nich jednolitej stawki, nie pozwalają na przypisanie zastosowaniu przez Odwołującego stawki podstawowej podatku VAT znamion błędu. Natomiast Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Izba stwierdziła również zasadność zarzutu dotyczącego nieprawidłowego uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zdaniem Izby obowiązki Zamawiającego wynikające z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp są jednoznaczne – to w zawiadomieniu skierowanym do Odwołującego należało przedstawić wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne. Lakoniczność i enigmatyczność uzasadnienia, nie tylko faktycznego, jest ewidentna, zważając choćby na obszerność wywodów, które Zamawiający uznał za stosowne doręczyć Odwołującemu dopiero na rozprawie. Odwołujący złożył w toku postępowania zażądane wyjaśnienia, natomiast Zamawiający odmówił podania uzasadnienia chociażby powodów, dla których uznał je za nieprzekonujące. Nieuzasadnione jest więc odwoływanie się do profesjonalizmu Odwołującego, gdyż to na Zamawiającym ciąży prawny obowiązek zachowania profesjonalizmu w tym zakresie. Wywiedziona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zasada proporcjonalności uzasadnienia faktycznego i prawnego w stosunku do przedmiotu zamówienia nie jest Izbie znana. Z kolei udostępnienie Odwołującemu wglądu do dokumentacji postępowania stanowi uczynienie przez Zamawiającego zadość zupełnie innemu obowiązkowi wynikającemu z art. 96 ust. 3 pzp. Zamawiający nie ma prawa zastępować własnego stanowiska wyjaśnieniami innych wykonawców czy załączonymi do ich dokumentami. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznaje za adekwatne tezy uzasadnień orzeczeń przywołanych w odpowiedzi na odwołanie. Niedopuszczalna jest również sytuacja, w której Zamawiający wyłącznie w protokole postępowania wpisuje informacje w szerszym zakresie, niż w zawiadomieniu skierowanym do Odwołującego. Zamawiający nie wykonując ciężącego na nim obowiązku w istotny sposób utrudnił Odwołującemu możliwość obrony przed eliminującą go z postępowania decyzją.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 92 ust. 1 pkt 2 miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 785/12

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....