

Sygn. akt: KIO 2989/13

WYROK
z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2013 r. przez wykonawcę - **Agencję Mieszaniową Sp. z o.o., os. Paderewskiego 40A, 32-626 Jawiszowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Brzeszcze, ul. Kościelna 4, 32-620 Brzeszcze,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Mieszaniową Sp. z o.o., os. Paderewskiego 40A, 32-626 Jawiszowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agencję Mieszaniową Sp. z o.o., os. Paderewskiego 40A, 32-626 Jawiszowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Brzeszcze na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Administrowanie cmentarzami komunalnymi w Brzeszczach i Jawiszowicach w 2014 r.” Wnoszący odwołanie wykonawca - Agencja Mieszkaniowa Sp, z o. o. z Jawiszowic [Odwołujący] zarzucił Zamawiającemu naruszenie w przedmiotowym postępowaniu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności pkt 6 z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert oraz art. 41 pkt. 2 ustawy o podatku od towarów i usług z uwagi na niezgodne z prawem zastosowanie błędnej stawki podatku VAT - 23%, podczas gdy zgodnie z klasyfikacją PKWiU „przedmiot przetargu posiada nr 96.03.11.0 i objęty jest 8% stawką podatku VAT”.

Wykonawca stwierdził, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę ważną. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie ma interes we wniesieniu odwołania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert z zastosowaną 8% stawką podatku VAT i nakazanie dokonania czynności polegającej na odrzuceniu ofert z zastosowaną 23% stawką podatku VAT;

Odwołujący podał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 16.12.2013 r. po dostarczeniu przez gońca. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp został dochowany.

W uzasadnieniu podał, że zgodnie z art. 89 pkt. 1 ustawy Pzp odrzucenie ofert z 8% stawką podatku VAT jest błędne, jak również wybór oferty z 23% stawką podatku VAT jest obarczony błędem. Wykonawca odnośnie zarzutu naruszenia art. 41 pkt 2

ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) stwierdził, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy o VAT od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2016 r. - w brzmieniu obowiązującym na dzień 31.12.2013 r., zawierającym wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%, pod pozycją 180 mieszczą się sklasyfikowane w PKWiU w grupowaniu 96.03 Usługi pogrzebowe i pokrewne z dalszym grupowaniem. Dalej podał, że według klasyfikacji statystycznej Głównego Urzędu Statystycznego w grupowaniu 96.03.11.0 zawarte są „Usługi administrowania cmentarzami wyznaniowymi lub komunalnymi” oraz „Kompleksowe usługi w zakresie zarządzania cmentarzem wykonywane na zlecenie Urzędu Gminy i Miasta, polegające m in. na: pobieraniu opłat za wszelkiego rodzaju usługi cmentarne, prowadzenie dokumentacji cmentarnej, utrzymaniu porządku na terenie cmentarza.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, stwierdzając, że Gmina prowadzi przetarg na administrowanie cmentarzami komunalnymi w Brzeszczach i w Jawiszowicach na 2014 r. w trybie przetargu nieograniczonego. Jedynym kryterium oceny ofert określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest najniższa cena. Do przetargu zgłoszono cztery oferty, przy czym dwie oferty, tj. odwołującego się - Agencji Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Jawiszowicach oraz Zakładu Usług Komunalnych Halina K. z siedzibą w Będzinie, zaproponowały cenę z uwzględnieniem stawki VAT 8%, a pozostali oferenci ustalili cenę w oparciu o stawkę 23 % VAT. Podał także, że specyfikacja nie określała sposobu ustalenia ceny, w tym nie odnosiła się również do wysokości stawki VAT-u. Podał także, że przetarg na administrowanie cmentarzami w Brzeszczach i w Jawiszowicach Gmina przeprowadza corocznie. Cena w poprzednich przetargach ustalona była z uwzględnieniem stawki 23 % VAT, dotyczy to również odwołującej się aktualnie strony - Agencji Mieszkaniowej Sp. z o.o., która administrowała cmentarzami w 2013 r. Podkreślił, że w zakresie wykonywania tego rodzaju usług przepisy ustawy o VAT w 2013 r. nie uległy zmianie, w tym również treść załącznika nr 3 do tej ustawy. Stąd podmiot przeprowadzający przetarg za prawidłowo ustaloną cenę przyjął ceny z podatkiem VAT w wysokości 23 %. Konsekwencją tego stanowiska było odrzucenie ofert z ceną ustaloną w oparciu o 8 % VAT. Zamawiający nie podzielił stanowiska strony odwołującej się, że wybór oferty z 23 % VAT jest obarczony błędem. Po analizie szeregu interpretacji podatkowych dotyczących klasyfikacji usług administrowania cmentarzami – jego zdaniem -

klasyfikując te usługi, jako „usługi zarządzania nieruchomościami niemieszkalnymi” - PKWiU 68.32.13.0 zastosowanie stawki 23 % VAT zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług VAT, było jak najbardziej uzasadnione.

Reasumując stwierdził, że dokonując oceny ofert w oparciu o podstawowe i jedyne kryterium przetargu, jakim jest najniższa cena, wybór oferty, nawet przy nieodrzuconiu ofert ze stawką 8 % VAT, byłby tożsamy z dokonaniem przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Przedmiotem tego zamówienia, tak jak stwierdziła Izba, jest usługa - „Administrowanie cmentarzami komunalnymi w Brzeszczach i Jawiszowicach w 2014 r.” - której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 232.845 zł, co stanowi równowartość 57.927, 41 euro] i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści odwołania można wywieść, że czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp oraz zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców, w których zastosowano stawkę podatku VAT w wysokości 23 %.

Mając na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie zaskarżona czynność odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy z powodu niezasadnego - zdaniem Zamawiającego - zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 7 %.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba miała także na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Tak jak ustaliła Izba, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał zastosowania stawki podatkowej VAT zgodnej z ustawą o podatku od towarów i usług (VAT), nie precyzując, jaka stawka podatkowa jest właściwa dla zamawianej usługi.

Przedmiotem usługi w niniejszym postępowaniu – jak już wskazano - jest administrowanie cmentarzami komunalnymi i zgodnie z opisem zamówienia do zakresu obowiązków administratora oprócz obowiązków dotyczących administrowania należą obowiązki dotyczące utrzymania cmentarzy.

Do obowiązków związanych z administrowaniem [pkt I dodatek 1 do specyfikacji (...) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia] należy prowadzenie racjonalnej gospodarki miejscami grzebalnymi (...), prowadzenie dokumentacji cmentarnej (...), wskazywanie miejsc wykopywania grobów (...), ustalanie terminów i warunków pogrzebów (...), pobieranie opłata za usługi cmentarne na podstawie uchwały Rady Miejskiej (...), udostępnianie wszelkich dokumentów i informacji związanych z administrowaniem cmentarzami (...), przestrzeganie i egzekwowanie zasad korzystania z cmentarzy (...), otwieranie i zamykanie bram cmentarzy (...), nadzorowanie przeprowadzanych ekshumacji.

Z kolei do obowiązków związanych z utrzymaniem cmentarzy [pkt II dodatku 1 (...)] należy utrzymanie we właściwym stanie sanitarno-porządkowym oraz technicznym budynków, obiektów i budowli usytuowanych na cmentarzach komunalnych (...), Zawracie umów na dostawę mediów i odbiór nieczystości oraz ponoszenie kosztów z tego tytułu, utrzymywanie zieleni (...), całoroczne utrzymanie porządku i czystości alejek (...), utrzymanie grobów wojennych (...), dwukrotnie w roku sprzątnięcie

wyznaczonych grobów, zapewnienie możliwości korzystania z wody z istniejących ujęć na terenie cmentarzy oraz sprawowanie dozoru terenu i obiektów cmentarzy (...)

Ze stanowiska Urzędu Statystycznego w Łodzi [pismo z dnia 27 grudnia 2013 r.] przedłożonego przez Odwołującego w toku rozprawy wynika, że wskazane usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 96.03.1 „Usługi pogrzebowe i pokrewne.” Zatem zgodnie z poz. 180 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) dla usługi będącej przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwe było – tak jak to uczynił Odwołujący - zastosowanie 8 % stawki podatku VAT.

Z kolei z interpretacji podatkowej Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi [interpretacja indywidualna nr 253244 – IPTPP4/443-554/12-2/JM z dnia 30.10.2012 r.] powołanej przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że możliwe było zaliczenie tej usługi [z tożsamym zakresem obowiązków] - wg Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług - do grupy 68.32.13.0. W konsekwencji sklasyfikowanie usługi, jako „Usługi zarządzania nieruchomościami niemieszkalnymi” [PKWiU 68.32.13.0] powoduje, że tę usługę należało opodatkować, zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 powołanej ustawy, stawką podatku VAT w wysokości 23%.

Izba zauważa, że wyrażając swoje stanowisko oba podmioty zastrzegły, że zgodnie z zasadami metodycznymi klasyfikacji zasadą jest, że to zainteresowany podmiot dokonuje klasyfikacji prowadzonej działalności samodzielnie i tylko w przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania można zwrócić się o interpretację do Urzędu Statystycznego, w tym przypadku w Łodzi, który to Urząd zastrzegł jednocześnie, że jego interpretacja nie ma charakteru wiążącego.

Mając na uwadze powyższe stanowiska, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie możliwe było zastosowanie zarówno 23 % jak i 8 % stawki podatkowej VAT.

Tym samym odrzucenie oferty, wnoszącego odwołanie wykonawcy było, chociażby bez uprzedniej próby wyjaśnienia spornej okoliczności, co najmniej przedwczesne.

Jednakże powyższe, uwzględniając także brak zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem – w okolicznościach tej sprawy - brak jest przede wszystkim podstaw do kwestionowania

zastosowanej w ofercie najkorzystniejszej 23 % stawki podatku VAT, której cena - jak już uprzednio podano - była ceną najniższą i uzyskiwała (według jedynego kryterium wyboru – ceny) w rankingu ofert pierwszą lokatę.

Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie, z którym Izba uwzględnia odwołanie, ale tylko wówczas, gdy stwierdzone naruszenie przepisu ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba na marginesie zauważa, że odpis KRS [dział 3 – rubryka 1] przedłożony przez Odwołującego do odwołania nie potwierdza, że wykonawca ujawnił w KRS prowadzenia działalności, co do usługi z grupy 68.32.13.0 czy usługi z grupy 96.03.1.

Izba stwierdza również, że wykonawca – w okolicznościach faktycznych sprawy – nie powinien po złożeniu oferty interpretować wymagań [w tym przypadku w odniesieniu do zastosowanej stawki podatkowej] w dostosowaniu do przyjętego w jego ofercie. Usuwanie, ewentualnych wątpliwości powinno, co do zasady następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wykonawca uznaje, że dane postanowienie [stawka podatku] może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko ten tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji.

Izba – w związku z cyt. art. 180 ust.2 ustawy Pzp dodatkowo stwierdza, że wykonawca nie posiadał interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w żądaniu unieważnienia przedmiotowego postępowania, albowiem to żądanie powinno być związane z możliwością uzyskania zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, a ponadto unieważnienie postępowania może nastąpić wyłącznie w oparciu o przesłanki określone w art. 93 ust.1 pkt 1-8 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....