

WYROK

z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 12 stycznia 2015 r.** w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. **przez odwołującego:** M.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.Ś. P.P.H.U. RANCHO ul. Krótka 2; 67-200 Głogów w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Miejska Głogów - ul. Rynek 10; 67-200 Głogów

przy udziale przystępującego G.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CENTAUR G.N. ul. Rycerska 23; 67 - 200 Głogów **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględni odwołanie; nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i w związku z tym unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Głogów ul. Rynek 10; 67-200 Głogów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M.Ś.

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.Ś. P.P.H.U. RANCHO ul. Krótka 2; 67-200 Głogów tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od Gminy Miejskiej Głogów ul. Rynek 10; 67-200 Głogów na rzecz M.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.Ś. P.P.H.U. RANCHO ul. Krótka 2; 67-200 Głogów kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało złożone w związku z prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Prowadzenie Schroniska dla Bezdomnych Zwierząt w Głogowie”.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ogłosił w dniu 17 listopada 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 168209 - 2015

Wykonawca wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Ustawą” lub „Pzp”.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Gminy Miejskiej Głogów zwanej dalej „zamawiającym” to jest od czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość w dniu 22.12.2015 roku. W tym dniu zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze oferty CENTAUR G.N. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W związku z powyższym wniesione odwołanie w dniu 28 grudnia 2015 roku zostaje złożone w ustawowo przewidzianym terminie.

W związku z zaskarżonymi czynnościami odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę CENTAUR G.N., która nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu,
2. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie podlega ona odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty CENTAUR G.N. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą odwołującego,

4. dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, jednak z uwagi na jej bezprawne odrzucenie, oferta odwołującego nie została sklasyfikowana, w efekcie czego odwołujący pozbawiony został faktycznej możliwości uzyskania zamówienia. W wyniku powyższego odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie podlega ona odrzuceniu

a) Wykonawca zastosował prawidłową stawkę podatku VAT

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że w treści SIWZ zamawiający nie określił, jaką stawkę podatku VAT wykonawcy byli zobowiązani przyjąć przy obliczaniu ceny ofertowej. Również w toku udzielania odpowiedzi do treści SIWZ należna stawka podatku VAT nie była przedmiotem wyjaśnienia SIWZ. W związku z powyższym każdy wykonawca przy obliczeniu ceny ofertowej zobowiązany był samodzielnie ustalić, jaką stawkę podatku VAT należy przyjąć do obliczenia ceny oferty brutto.

W toku postępowania odwoławczego przywołana okoliczność uznana została przez strony jako bezsporna.

Odwołujący podkreślił że podstawową stawką podatku VAT obowiązującą w Polsce na dzień złożenia oferty była stawka w wysokości 23%, co wynika z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm. - dalej: „ustawa o VAT”) w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT oraz art. 41 ust. 1 ustawy o VAT. Stawka VAT 8% jest stawką preferencyjną mającą zastosowanie wyłącznie we wskazanych w ustawie o VAT przypadkach.

Odwołujący uważa, że zastosował właściwe dla wszystkich wymienionych w Formularzu ofertowym stawki podatku vat. W przypadku usług wskazanych w poz. 1, 2 14,15 oraz 16 Formularza ofertowego wykonawca zastosował stawkę VAT w wysokości 23%, zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm. - dalej: „ustawa o VAT”)

Odwołujący lansuje pogląd, że stawka obniżona nie może mieć zastosowania do elementów dodatkowych usługi wskazanych przez zamawiającego w poz. 14 czy 15 w postaci usług transportu, zbierania, wywozu czy utylizacji. Jedynie dla usług zbierania odpadów w rozumieniu ustawy o VAT, ustawodawca przewidział preferencyjną stawkę, podatku.

Choć można powyżej wymienione usługi, których wliczenia w cenę żądał zamawiający, potraktować jako usługi pomocnicze to jednak odwołujący chcąc uniknąć jakichkolwiek problemów z organami skarbowymi lub jakichkolwiek możliwości nadinterpretacji zastosował podstawową stawkę podatku VAT.

Podsumowując swoje stanowisko w tym zakresie odwołujący stwierdził, że tak szerokie postrzeganie związku pomiędzy świadczeniami, prowadzące do rozpoznania jednolitego świadczenia złożonego, mogłoby skutkować naruszeniem zasady konkurencji, przez stosowanie preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług do usług objętych, co do zasady, stawką podstawową. Ponadto prowadziłoby to do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT przez akceptowanie rozwiązań czyniących ten system nieprzejrzystym i pozostawiającym podatnika w niepewności, co do przyjętego sposobu rozliczenia danej dostawy lub świadczonej usługi.

b) Wykonawca zawsze ma możliwość zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT

Odwołujący dalej wskazuje, że stosowanie stawki preferencyjnej stanowi uprawnienie wykonawcy, z którego może on skorzystać lub nie. Ponadto zastosowanie stawki podstawowej nie wpływa na porównywalność oferty z ofertami innych wykonawców stosujących stawki preferencyjne. Poprzez zastosowanie stawki podstawowej odwołujący de facto podniósł cenę swojej oferty a i tak zaoferował on wykonanie wszystkich wymaganych usług w najlepszej cenie spośród wykonawców. Tymczasem działanie zamawiającego zmierza do rozdysponowania środków publicznych w sposób sprzeczny z zasadami wskazanymi w ustawie o finansach publicznych.

Odwołujący lansuje pogląd, że skorzystanie ze zwolnienia jest uprawnieniem podatnika a zamawiający nie może mu tego narzucić. W opinii odwołującego za nieuprawnione należy uznać stanowisko, iż przyjęcia różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach

tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadą równego traktowania wykonawców.

Całkowicie nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta odwołującego, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną

Ponadto odwołujący w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2294/12: „Sąd Najwyższy w uchwałach z 21 października 2011 r. (III CZP 52/11 i III CZP 53/11), potwierdził pogląd wyrażany wcześniej w doktrynie i orzecznictwie, że błędne podanie w treści oferty stawki podatku od towarów i usług przyjętego do obliczania ceny oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, który w braku ustawowych podstaw do poprawienia, powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie się. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU. Nawiązując do sentencji uchwał Izba zważyła, że nie każdy błąd w zakresie stawki podatku powinien nieść skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie się. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU. Po pierwsze: Nie można pomijać okoliczności danego przypadku, w tym sposobu obliczania ceny wskazanego przez zamawiającego stosownie do się. 36 ust. 1 pkt 12 ZamPublU. Poglądem jednolicie wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie jest że czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania muszą mieć umocowanie w przepisach prawa i wymaganiach specyfikacji lub ogłoszenia zamówieniu. Badanie ceny oferty może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do sposobu jej obliczenia wskazanego w specyfikacji. Odrzucenie oferty na podstawie się. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU następuje w sytuacji, gdy opisane w specyfikacji wymagania zamawiającego w tej mierze nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy. Wyprowadzanie z treści uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego nakazu badania przez zamawiającego stawki podatku niezależnie od okoliczności danej sprawy jest nieuzasadnione (...).

Po drugie: ratio legis art. 89 ust 1 pkt 6 ZamPublU jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, którym jest zagrożony w razie błędnego obliczenia ceny oferty. Uznanie błędnej stawki podatku od towarów i usług za błąd w obliczeniu ceny chroni uczciwą konkurencję gdyż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych. Posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką podatku od towarów i usług, godzi w zasady wynikające z się. 7 ust. 1 ZamPublU i zmniejsza należne wpływy do budżetu.

Dostrzeżenia wymaga zatem, że posłużenie się podstawową stawką podatku VAT w sytuacji gdy zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w tak zakreślonym ratio legis się 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza (zwłaszcza przy określeniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podlega odrzuceniu, gdyż przy przyjęciu stawki preferencyjnej jej cena byłaby niższa.

Taki pogląd prowadziłby do eliminacji ofert najkorzystniejszych i nakazywania zamawiającym wyboru ofert mniej dla nich korzystnych, co nie zasługuje na ochronę, nie mieści się bowiem w ratio legis ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Z tak postawioną tezę w przywołanym wyroku KIO, jak również w związku z cytowaną powyżej uchwałą Sądu Najwyższego odwołujący uważa, że niniejsze odwołanie uznać należy za uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 31 grudnia 2015 roku przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania, wskazując na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, który dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przystępujący w związku z podziałem zamówienia na 16 zakresów usługi w tym gdzie w pozycji 15 znajduje się zbieranie padłych zwierząt uznał, że zamawiający oczekuje usługi zbierania i transportu padłych zwierząt (czyli usług kwalifikowanych) w grupie 38.11. z obowiązującą stawką VAT w wysokości 8% , co wynika z załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług, pozycja 144). Powołał się na wystąpienie do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur, który udzielił odpowiedzi w dniu 14 grudnia b.r., uznając, że zakres usługi mieści się w PKWiU 38.11.29.0. Wobec takiej klasyfikacji usługi na którą dwaj pozostali oferenci zastosowali stawkę podatku VAT w wysokości 23% jedyna możliwa decyzją było odrzucenie ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba na rozprawie, w wyniku postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania, przekazanej i potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego, jak również wskutek złożonych przez strony wyjaśnień i oświadczeń ustaliła szereg okoliczności.

Pełnomocnik odwołującego na rozprawie złożył następujące wyjaśnienia w sprawie.

Przede wszystkim podtrzymał stanowisko i argumentację, powołując się na orzecznictwo Izby, w zakresie braku obowiązku po stronie wykonawców stosowania stawki preferencyjnej (8 %) w miejsce stawki podstawowej (23 %), którą szczegółowo przedstawił w piśmie procesowym z dnia 11 stycznia 2016 roku. Stanowisko to dotyczyło stosowania stawki podatku VAT z tytułu zbierania i transportu padłych zwierząt. W SIWZ rozdział III OPZ pkt 2.2 zakres zamówienia obejmuje również oddawanie do utylizacji zwłok zwierząt padłych lub uśpionych oraz prowadzenie zbiorczych zestawień zwłok zwierząt przekazanych do utylizacji w zestawieniu z załącznikiem 1a do SIWZ pn. wycena usług – formularz ofertowy. Zwraca uwagę na załącznik 1a – wycena usług formularz ofertowy na poz. 12, 13 i 15. Również zwraca uwagę na uwagi pod tabelą poz. 15 – zbieranie padliny należy wliczyć w cenę zbierania, wywóz i utylizację. Według odwołującego w związku z tym, iż zamawiający w pkt 15 zbieranie padłych zwierząt nakazuje liczenie również ich wywóz i utylizację, a także zwraca uwagę na poz. 12 i 13 to jest eutanazja psa, eutanazja kota gdzie nie ma tam opisanych czynności wywozu i utylizacji. Zgadza się co do zasady, że gdyby stricte rozumieć pkt 15 jako tylko i wyłącznie zbieranie padłych zwierząt to można byłoby mówić o podatku 8%. Jeżeli już sam zamawiający interpretuje pkt 15 nakazując w niego wliczyć wywóz i utylizację to należy zastosować do tych czynności 23% VAT. Ustawa generalnie przewiduje 23%, natomiast w załączniku do ustawy o podatku od towarów i usług przewiduje podstawową stawkę 23% i stawki preferencyjne 8% bo są to pojedyncze usługi. W załączniku są usługi, które ustawodawca obejmuje niższą stawką podatku VAT. Przywołuje poz. 144 załącznika nr 3 gdzie znajduje się pozycja dotycząca usług zbierania odpadów innych niż niebezpieczne. Za to zbieranie załącznik przewiduje stawkę VAT 8%. Przywołując ponownie ofertę odwołującego zwraca uwagę, że w poz. 15 zbieranie padłych zwierząt ocenił na 23%, ponieważ zamawiający zinterpretował, że należy przez to rozumieć nie tylko zbieranie, ale wywóz i utylizację, a to są czynności, których nie można odszukać w załączniku. Dla porównania w ofercie wykonawcy wybranego w poz. 12, 13 i poz. 15 ustalił stawkę 8%. W tym miejscu pełnomocnik odwołującego stwierdza, że przynajmniej w

poprzednim roku objętym usługą, to jest 2015 r., jego mocodawca M.Ś., jak również Towarzystwo Amicus, składało oferty i obydwie firmy w tej poz. 15, gdzie jest zbieranie padłych zwierząt stosowało stawkę 23% i zamawiający nie czynił z tego tytułu zarzutu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Chciałby za pośrednictwem Izby zadać zamawiającemu pytanie czy co do treści SIWZ w tym formularzy, a także jego zdaniem przepisów podatkowych nastąpiła jakaś zmiana, że w poz. 15 nie powinno stosować się jak poprzednio stawki 23% tylko stawkę 8% to jest dnia 22 grudnia 2014 r. kiedy był wybór i wówczas oferta odwołującego zajęła 2 pozycję w rankingu ofert. Z tego co pełnomocnikowi jest wiadomym to była zastosowana stawka 23 procent. Reasumując pełnomocnik odwołującego stwierdził, że w poz. 15 zbieranie padłych zwierząt jest usługą obejmującą również transport i utylizację oraz nie było przeciwwskazań w kontekście utworzonej tabeli do kalkulacji aby z poz. 12 i 13 gdzie mamy utylizację kotów, psów, elementy takie jak zbieranie, transport i utylizacja skalkulować w poz. 15. W związku z tym poz. 144 załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług mówi tam tylko o zbieraniu odpadów innych niż niebezpieczne i o stawce 8%. Odwołujący przywołuje pkt 13, który mówi o zbieraniu i utylizacji zwierząt podlegających eutanazji i zwierząt padłych. Uważa, że stanowisko odwołującego mogłoby być tylko podważone gdyby zamawiający dysponował decyzją organu skarbowego takiego jak właściwa Izba Skarbowa.

Z kolei zamawiający składając wyjaśnienia oświadczył.

Zamawiający podkreśla, że prowadzący schronisko ma również za zadanie w przypadku zawiadomienia przez stosowne organy udać się na miejsce i zebrać zwłoki zwierząt i dostarczyć do punktu utylizacji. W kontekście zaistniałej sprawy pełnomocnik wyjaśnia że wykonawca wybrany Pan G.N. zażądał wglądu w oferty po ich otwarciu i zakwestionował naliczenie w poz. 15 podatku 23% przedstawiając załączone do przystąpienia pismo – odpowiedź Urzędu Statystycznego w Łodzi, z którego wynika, że wymienione w piśmie usługi zbierania i transportu padliny zwierząt mieszczą się w grupowaniu 38.11.29 usługi związane ze zbieraniem pozostałych odpadów innych niż niebezpieczne. W związku z tym zamawiający uważa, że zbieranie to jest również transport. Tak odpowiedział Urząd Statystyczny, dlatego uważa że wymieniony na rozprawie pkt 144 załącznika nr 3 do ustawy o VAT kwalifikuje do tej pozycji nie tylko zbieranie, ale również transport z 8% stawką VAT. Z tego wynika, że prawidłowo powinno być 8%.

Na pytanie o prawidłowość dokumentu, na stronie 55 dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, o nazwie Wycena usług – obsługa schroniska odnośnie poz. 15 zbieranie padłych zwierząt gdzie zamawiający przewidział 23% stawki podatku VAT. Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane na rozprawie pytanie wyjaśnił, że do kalkulacji rzeczywiście

przyjęto 23% stawkę podatku VAT w poz. 15 p.n. zbieranie padłych zwierząt. Przy czym zamawiający w tym miejscu podnosi, że po uzyskaniu stanowiska Urzędu Statystycznego zaczął temat wyjaśniać nie tylko w Internecie, ale także kontaktował się z innymi zamawiającymi, którzy potwierdzili, że za zbieranie padłych zwierząt należy naliczać stawkę VAT 8%.

Na rozprawie Izba przeprowadziła dowód z SIWZ, ofert wykonawcy wybranego i odwołującego, z pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi w celu ustalenia czy zamawiający ustalił stawkę podatku VAT w pozycji tabeli nr 15 to jest zbieranie padłych zwierząt oraz jak wykonawcy wycenili usługę w spornej pozycji oraz w jakim zakresie wypowiedział się Urząd Statystyczny w Łodzi co do stawki VAT. Zamawiający oświadczył, że sprawa podatku VAT w spornym zakresie nie była przedmiotem wyjaśnień czy pytań wykonawcy.

Odwołujący odnosząc się do wypowiedzi zamawiającego w kontekście pisma US w Łodzi podniósł, że to wyjaśnienie nie może odnosić się do sytuacji zamawiającego, ponieważ jak sam przyznał na rozprawie schronisko jest przystosowane do składowania zwłok w związku z tym wykonawca nie dokonuje na każde wezwanie organu zebrania i przetransportowania do punktu utylizacji ale zbiera, transportuje i składowuje w schronisku zwłoki zwierząt oraz przechowuje zwłoki zwierząt poddanych eutanazji, w związku z tym jest to usługa inaczej wykonywana niż to wynika z pisma Urzędu. W związku z tym uważa, że zakres poz.15 jest szerszy niż tylko zbieranie padłych zwierząt. Zwraca uwagę na pkt 12 i 13. Stwierdza, że mimo że są warunki w schronisku do przechowywania zwłok zwierząt to usługa może być wykonywana inaczej, jak prawdopodobnie przewidział to przystępujący, że z miejsca zebrania padliny od razu jest transportowane do punktu utylizacji. Przywołuje okoliczność, że zamawiający wyceniając usługę w poz. 15 przyjął stawkę 23%. Potwierdza to chyba, że stawka poprzednio oferowana w ubiegłych latach za poz. 15 była traktowana jako prawidłowa.

Z kolei zamawiający uważa, że jego kalkulacja wskazuje jedynie na tzw. błąd ludzki w poprzednich latach, powielany latami, ale wcale nie stanowi dowodu na to, że w pkt 15 wykonawcy prawidłowo nie powinni naliczyć 8% stawki VAT.

Z tego co ja wiem to weterynarz nakładał mandaty na osoby, które prowadziły schronisko, ponieważ kumulowały zwłoki zwierząt jednocześnie dzikich i domowych. Według mojej wiedzy to zwierzęta domowe z ulicy można łączyć do przechowywania ze zwierzętami domowymi ze schroniska. Nie można natomiast przechowywać zwierząt dzikich z domowymi.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby dokonane wyjaśnienia przez wykonawcę wybranego/przystępującego w sprawie w Urzędzie Statystycznym w Łodzi w zakresie klasyfikacji usługi nie dają podstawy prawnej do stosowania obniżonej stawki podatku VAT to jest 8 procent zamiast podstawowej stawki VAT to jest 23 procent.

Dla Izby przy rozstrzygnięciu zawisłego sporu istotne znaczenie ma dokument wyceny dokonanej przez zamawiającego, który zastosował w spornej pozycji jaką jest poz.15 zbieranie opadłych zwierząt stawki 23 procent. Powyższa okoliczność potwierdza praktykę zamawiającego, który w poprzednich latach stosował stawkę 23 procent dla spornej pozycji. Na rozprawie przedstawiciele zamawiającego potwierdzili tę okoliczność jednak stwierdzając, że aktualnie to traktują jako tzw. błąd ludzki. Natomiast w ocenie Izby wykonawcy mają prawo oczekiwać od zamawiającego stabilnej sytuacji co do warunków składania ofert. Skoro w poprzednich latach zamawiający godził się na stawkę 23 % w ofertach wykonawcy uznając ją za prawidłową to aktualnie nie może bez uprzedzenia uznawać ją za nieprawidłową. Na taką okoliczność powołał się pełnomocnik odwołującego składając w poczet dowodu potwierdzenie składania ofert w grudniu 2014 roku ze stawką 23 procent. Ponadto według twierdzeń pełnomocnika odwołującego w przepisach podatkowych nie stwierdzono zmian powodujących stawkę 23 procent do uznania za niewłaściwa. Powyższymi okolicznościami przedstawiciele zamawiającego nie zaprzeczali niemniej uznali, że również byli w tzw. błędzie i dopiero wyjaśnienie złożone przez wykonawcę wybranego pozwoliło na sprostowanie błędu w poz. 15 Wyceny usługi. W ocenie Izby nie jest to argument uprawniający do odrzucenia oferty skoro sam zamawiający do wyceny usługi na rok 2016 przyjął w pozycji 15 Wyceny stawkę dotychczasową to jest 23 procent.

Ponadto odwołujący na rozprawie zwrócił uwagę, że pod tabelą wyceny znajduje się adnotacja co do poz. 15 gdzie do tej pozycji nakazuje się wycenę nie tylko czynności zbierania i transportu upadłych zwierząt ale również ich utylizację czyli kremację. Stąd wyjaśnienie Urzędu Statystycznego w Łodzi przywołane przez przystępującego nie jest adekwatne do zakresu usługi w postępowaniu zamawiającego. Usługa w poz.15 Wyceny zamawiającego odnosi się nie tylko do zbierania i transportu tzw. odpadów innych niż niebezpieczne. Przeszkodę stanowi okoliczność kremacji (utylizacji) padłych zwierząt nie przewidziana w pozycji PKWiU 38.11.29.0 (usługi związane ze zbieraniem pozostałych

odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu). Ponadto odwołujący słusznie zauważył, że w poz. 12 i 13 Wyceny usług zamieszcza się eutanazje kotów oraz psów. Przy czym pozostawia się tutaj swobodę wykonawcy co do miejsca ulokowania kosztów transportu zwłok i utylizacji zwłok psów i kotów. Ponadto jak twierdził pełnomocnik odwołującego a czemu nie zaprzeczyli przedstawiciele zamawiającego, w schronisku dla zwierząt znajduje się wydzielone pomieszczenie do przechowywania zwłok zwierząt. W takiej sytuacji kwestią organizacyjną do decyzji wykonawcy jest czy w przypadku wezwania do usunięcia zwłok zwierząt wykonawca od razu zawiezie je do kremacji czy najpierw umieści w pomieszczeniu do tego wyznaczonym w schronisku a dopiero później przewiezie do kremacji. W takiej sytuacji w zależności od przyjętych rozwiązań organizacyjnych będą albo nie będą w poz. 15 koszty składowania zwłok zwierząt przez przewiezieniem ich do kremacji. W tej sytuacji jest to kolejny element mający wpływ na wysokość stawki podatku VAT i nieadekwatności informacji Urzędu Statystycznego w Łodzi do wyceny usługi w poz.15 Tabeli, w zależności od przyjętej organizacji pracy wykonawcy. Nie ma tutaj znaczenia podnoszona na rozprawie argumentacja zamawiającego, że w tym miejscu nie można przechowywać dzikich zwierząt. Jest to argumentacja bez znaczenia w sprawie, ponieważ przedmiotem postępowania jest schronisko dla zwierząt domowych to jest psów i kotów a nie również dla dzikich zwierząt, które powinny być lokowane w ogrodach zoologicznych jak również ich zwłoki.

W związku z powyższym wobec niejednoznacznej definicji zakresu usługi zbierania opadłych zwierząt a wręcz nakazanie wliczenia zbierania, wywozu i utylizacji nie ma podstaw do stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT zwłaszcza w przypadku również kosztów składowania zwłok zwierząt. Bowiem warunki świadczenia usługi umożliwiają składowanie zwierząt a nie bezpośrednio ich przewożenie do utylizacji po ich śmierci.

Ponadto Izba przychyliła się do argumentacji odwołującego w tym zakresie, że celem postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą pomimo zastosowania stawki podatku podstawowego to jest 23 procent a nie 8 procent.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp, ponieważ wykazane naruszenie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania. Bowiem oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu w ramach obowiązującego kryterium wyboru ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.100złoty jako koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego według przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący: