

**Sygn. akt KIO/UZP 1060/09**

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Rodex Sp. z o. o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Grajewska 16A** protestu z dnia **9 lipca 2009 r.**

przy udziale **PRIBO-EPB Sp. z o. o., 19-300 Ełk, ul. Łukaszewicza 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Rodex Sp. z o. o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Rodex Sp. z o. o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Rodex Sp. z o. o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32** na rzecz **Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczy w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Grajewska 16A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Rodex Sp. z o. o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy w Ełku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „rozbudowę specjalnego ośrodka szkolno-wychowawczego w Ełku – budowa internatu”.

**02.06.2009 r.** zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 84979.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

**03.07.2009 r.** zamawiający zawiadomił (1) o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PRIBO-EPB sp. z o.o. w Ełku i (2) m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX sp. z o.o. z Białegostoku ze względu na źle wyliczoną cenę – art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

**09.07.2009 r.** wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX sp. z o.o. z Białegostoku wniósł protest na nieprzestrzeganie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp zawierającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a polegające na odrzuceniu oferty protestującego z postępowania, podczas gdy oferta nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu ceny;

2) art. 87 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania protestującego do złożenia wyjaśnienia złożonej oferty w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości dotyczące prawidłowości wyliczenia ceny oferty;

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp polegające na odrzuceniu oferty protestującego, pomimo iż nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Protestujący wykazał interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bowiem jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę w postępowaniu, a jedynym kryterium oceny ofert jest właśnie cena za przedmiot zamówienia.

Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty protestującego;
- 3) dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i uznania jej za najkorzystniejszą w postępowaniu.

**13.07.2009 r.** zamawiający powiadomił uczestników postępowania o wniesionym proteście.

**15.07.2009 r.** wykonawca PRIBO-EPB sp. z o.o. w Ełku przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**16.07.2009 r.** zamawiający oddalił protest.

1) zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż tak samo traktował wszystkich wykonawców będących w tej samej sytuacji;

2) protestujący zastosował dwie stawki VAT – 7% i 22% nigdzie o tym szczegółowo nie informując zamawiającego, a powinien zastosować tylko stawkę podstawową 22%, dlatego zamawiający nie miał prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień gdyż byłoby to niezgodne z art. 87 ust. 1 Pzp;

3) widząc źle obliczoną cenę zamawiający musiał zastosować art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i odrzucić taką ofertę.

**22.07.2009 r.** wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX sp. z o.o. z Białegostoku wniósł odwołanie.

**05.08.2009 r.** zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

**12.08.2009 r.** Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu – KIO/W 38/09.

**21.08.2009 r.** wykonawca PRIBO-EPB sp. z o.o. w Ełku przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy oraz dowody złożone przez uczestników, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp polegający, zdaniem odwołującego, na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania, podczas gdy oferta, zdaniem odwołującego, nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu ceny oraz zarzut trzeci – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp polegającego na odrzuceniu oferty odwołującego, mimo iż, zdaniem odwołującego, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny – należy uznać za niezasadny.

Odwołujący zastosował stawki VAT w wysokości 7% i 22% do obliczenia ceny ofertowej. Było to niezgodne założeniami zamawiającego, który uznał, że do całego przedmiotu zamówienia należy zastosować stawkę VAT w wysokości 22%, zgodnie z przepisem ust. 5 akapit 2 zdanie 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych [PKOB] (Dz. U. Nr 112, poz. 1316) stanowiący, że cyt. „[...] gdy nie posiadamy szczegółowych informacji na temat

klasyfikowanego kompleksu, całość klasyfikowana jest w pozycji 1263 zgodnie z główną funkcją jaką pełni szkoła w przykładowym kompleksie obiektów budowlanych.”. Odwołujący nie miał pewności, że klasyfikowany obiekt będzie służył tylko i wyłącznie do celów internatowych, gdyż w jego skład wchodził chociażby łącznik, który na pewno nie mógł być klasyfikowany jako internat. Poza tym tak stanowiła nazwa zamówienia nadana przez zamawiającego – „Rozbudowa specjalnego ośrodka szkolno-wychowawczego w Ełku – budowa internatu”. Tak więc wykonawcy nie mogli klasyfikować przedmiotu zamówienia jako wyłącznie budowy internatu i nie mogli zastosować się wyłącznie do zdania 2 tego samego akapitu ust. 5 przytaczanego wyżej rozporządzenia, cyt. „Jeśli, na przykład, szkoła ogólnokształcąca składa się z budynku szkolnego i internatu, budynek szkolny powinien być klasyfikowany w 1263, a internat w pozycji 1130.”, gdyż nazwa postępowania i opis przedmiotu zamówienia obejmowały nie tylko budowę samego internatu, ale i rozbudowę całego specjalnego ośrodka szkolno-wychowawczego w Ełku.

Na podstawie odrębnych przepisów podatkowych wykonawcy nie mogli zastosować stawki VAT 7% przysługującej dla obiektów budownictwa mieszkaniowego, gdyż nie mogli zaklasyfikować przedmiotu zamówienia do klasy 1130 określonej w PKOB, ale powinni ten przedmiot zamówienia zaklasyfikować do klasy 1263, dla której jest przypisana stawka VAT w wysokości 22%.

Wynika to po pierwsze z nazwy przedmiotu zamówienia „Rozbudowa specjalnego ośrodka szkolno-wychowawczego w Ełku – budowa internatu”, gdzie zamawiający zastosował dwa równoważne człony nazwy. Pierwszy człon nazwy: „rozbudowa ośrodka szkolno-wychowawczego” i drugi człon nazwy: „budowa internatu”. Jednak najważniejszy w dokonywaniu klasyfikacji jest sam przedmiot zamówienia, który oprócz budowy internatu obejmuje również co najmniej łącznik, a więc przedmiot, którego nie można zaklasyfikować jako budowy internatu.

Podobnie został ten przedmiot zamówienia określony i zaklasyfikowany w „Interpretacji indywidualnej” wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 12 sierpnia 2009 r. (znak: ITPP1/443-656/09/BJ), cyt.: „O ile zatem przedmiotem planowanych robót budowlanych będzie obiekt budowlany zaklasyfikowany wg PKOB do klasy 1263, usługi te będą opodatkowane wg podstawowej stawki VAT w wysokości 22%, gdyż ani w ustawie o podatku od towarów i usług ani w przepisach wykonawczych do tej ustawy nie zostały przewidziane dla usług budowlanych dotyczących tak sklasyfikowanych obiektów stawki preferencyjne lub zwolnienia od podatku.”.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowiącego o poprawieniu omyłek, gdyż odwołujący nie popełnił omyłki, ale zamierzał zastosować preferencyjną stawkę VAT i ją w obliczeniu ceny oferty zastosował. Dlatego zamawiający musiał odrzucić ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż w istocie

oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, ponieważ odwołujący zastosował do obliczenia podatku niewłaściwą stawkę VAT w wysokości 7%, zamiast stawkę wynikającą z opisu przedmiotu zamówienia i nazwy nadanej przedmiotowi zamówienia, czyli stawkę VAT w wysokości 22%. Wynika to z prawidłowego zaklasyfikowania przedmiotu zamówienia do klasy 1263 PKOB – „Budynki szkół i instytucji badawczych”, a nie – jak mylnie odwołujący zaklasyfikował przedmiot zamówienia – do klasy 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania”, który byłby objęty stawką VAT wynoszącą 7%.

Wynikiem zastosowania niewłaściwej stawki VAT, cała cena ofertowa została obliczona błędnie. Wobec niewłaściwego obliczenia ceny przez odwołującego zarzut nierównego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp, nie może się ostać, tak jak nie można zasadnie postawić zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie przepisu stanowiącego o konieczności odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnienia złożonej oferty w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości dotyczące prawidłowości wyliczenia ceny oferty – należy uznać za niezasadny.

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp czyli ze względu na błędy w obliczeniu ceny. Jednak zamawiający nie miał wątpliwości do treści złożonej oferty i prawidłowo odczytał zamiar odwołującego zastosowania stawki VAT, którą odwołujący przedstawił w obliczeniach oferty. Z treści oferty, a także z obliczeń ceny oferty niedwuznacznie wynika, że odwołujący zastosował dwie stawki VAT – 7% i 22%, podczas gdy był – zgodnie z przepisami – zobowiązany zastosować tylko jedną stawkę VAT – 22%.

W związku z brakiem wątpliwości co do treści złożonej oferty, zamawiający nie był zobligowany żądać od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i miał prawo do zaniechania wykonania czynności, o której mowa w art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp – zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wprost przeciwnie – żądanie wyjaśnień, w przypadku braku jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, nie byłoby zasadne i wykraczałoby poza zakres prowadzenia postępowania z należytą starannością, do stosowania którego to zakresu jest zobowiązany zamawiający.

Wobec braku zasadności zwrócenia się o wyjaśnienia treści oferty zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp i bezpodstawnego zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnienia złożonej oferty skład orzekający Izby uznaje za niezasadny.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych [PKOB].

Ponadto skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść „Interpretacji indywidualnej” Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy wydanej 12 sierpnia 2009 r. w przedmiotowej sprawie, mimo iż nie była ona znana w czasie podejmowania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego. Jednak interpretacja ta nie tworzyła nowego stanu prawnego, a tylko potwierdzała istniejący stan. Ponadto sam odwołujący mógł wystąpić o wydanie interpretacji wskazując na inne aspekty przedmiotu sprawy niż wskazane – zdaniem składu orzekającego Izby – prawidłowo przez przystępującego.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodu stwierdzeń ze stron książki Adama Bartosiewicza i Ryszarda Kubackiego „VAT” złożonego przez odwołującego, gdyż treść odnosiła się tylko do budownictwa mieszkaniowego, a jak ustalił skład orzekający Izby rozpoznawane postępowanie dotyczyło budownictwa zaklasyfikowanego jako szkoła w klasie 1263 PKOB. Również dowód w postaci wyciągu z kalkulacji ceny odwołującego pokazującego, że odwołujący zastosował różne stawki VAT nie został wzięty pod uwagę, jako nie wnoszący nowej wiedzy do sprawy, a tylko potwierdzający rzecz niesporną – zastosowania do obliczenia ceny ofertowej przez odwołującego różnych stawek VAT.

Także dowód z treści § 32 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 7 marca 2005 r. w sprawie rodzajów i szczegółowych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach (Dz. U. Nr 52, poz. 467), złożony przez odwołującego, jako nie wnoszący nowych elementów do rozpoznawanej sprawy nie został wzięty pod uwagę.

Wobec powyższych konstatacji skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

W postępowaniu zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....