

Sygn. akt KIO/49/11

WYROK
z dnia 20 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Emil Kawa
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Media Regionalne Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51** od czynności zamawiającego **Województwo Lubelskie, 20-074 Lublin, ul. Spokojna 4.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Media Regionalne Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Lubelskie, 20-074 Lublin, ul. Spokojna 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Media Regionalne Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Województwo Lubelskie, 20-074 Lublin, ul. Spokojna 4** na rzecz **Media Regionalne Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest na publikacja ogłoszeń prasowych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego.

5 stycznia 2011 roku zamawiającego przesłał informację o unieważnieniu postępowania w części nr 2 postępowania - publikacja w prasie codziennej o zasięgu regionalnym (obszar województwo lubelskie). Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez MEDIA REGIONALNE Sp. z o. o. w Warszawie, Oddział Lublin została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Wykonawca podał w ofercie cenę obliczoną w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT. Na dzień składania ofert obowiązywała stawka 22 %, natomiast wykonawca podał stawkę 23 %. Stanowi to błąd w obliczeniu ceny, który skutkuje odrzuceniem oferty.

Wykonawca MEDIA REGIONALNE Sp. z o. o. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 stycznia 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. przez wadliwe przyjęcie, że podana stawka VAT jest nieprawidłowa, stanowi błąd w obliczeniu ceny;
- b) niezgodne z przepisami odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący powołał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podkreślił, że stawka podatku VAT nie została wprost określona i narzucona przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wprowadził wiążących reguł dotyczących sposobu obliczania ceny. Odwołujący podniósł, że w specyfikacji oznaczono cenę oferty jako cenę brutto nie żądając jednocześnie podania ceny netto, zatem wpisanie stawki VAT w formularzu ofertowym w wysokości - zdaniem zamawiającego - wadliwej nie ma wpływu na treść oferty oraz cenę i może stanowić jedynie nieistotne uchybienie nie

powodujące żadnych skutków. Wywiódł, że żądanie podania ceny ryczałtowej oznacza, że dla zamawiającego bez znaczenia winna być stawka VAT.

Odwołujący ocenił, że stawką jaka winna mieć zastosowanie jest stawka 23%. Oceniał, że z uwagi na wejście w życie ustawy z dnia 26 listopada 2010 roku o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej przed terminem składania ofert (21 grudnia 2010 r.) i tok czynności w postępowaniu oraz wynikający z umowy i tak spowodowałoby, że pierwsza publikacja ogłoszenia miałyby miejsce w roku 2011. Zamawiający pominął istotną okoliczność, że odpowiednia stawka podatku winna być brana pod uwagę na dzień wykonania usługi.

Odwołujący podniósł, że niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny i nie ma wpływu na ocenę oferty. Powołał tezy zawarte w uzasadnieniach wyroków Izby w szczególności z 12 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 987/09, z 28 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 629/10 oraz z 7 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1280/10. Odwołujący podkreślił, że przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy (podatnika), a zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, ani do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy. Właściwe do weryfikacji, mającej charakter następczy, są wyłącznie organy podatkowe i organy kontroli skarbowej. Podniósł, że błędne wskazanie stawki podatku od towarów i usług, jest raczej wynikiem błędu co do prawa, będącego następstwem nieznanomości regulacji prawa podatkowego - stanowi o ustaleniu, nie zaś obliczeniu ceny, skoro nie wynika z czynności natury czysto arytmetycznej (działań matematycznych), a z okoliczności obiektywnej, to jest z obowiązującego prawa. Odwołujący wskazał również, że błąd w obliczeniu ceny z założenia zawiera element działania niezamierzonego, takiego, które jest wynikiem omyłki w odróżnieniu od świadomej decyzji wykonawcy, co do zastosowania stawki podatku od towarów i usług. Oceniał, że z błędem w obliczeniu ceny możemy mieć do czynienia jedynie wówczas, gdy są to przykładowo omyłki rachunkowe, rzeczowe, a nie błędne stawki podatku VAT.

Odwołujący skonkludował, że odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania zostało dokonane z naruszeniem przepisów prawa

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Oświadczył, że w skoro wymagał w formularzu ofertowym podania stawki VAT, to ma prawo oraz obowiązek dokonać jej weryfikacji. Podniósł, że nie ma obowiązku wskazywania wysokości stawki VAT, ponieważ obowiązek zastosowania stawki wynikającej z właściwych przepisów spoczywa na wykonawcy. Zamawiający wywiódł, że jedynym kryterium oceny ofert była cena – podatek VAT stanowi element cenotwórczy. Wskazał również na przewidzianą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość zmiany umowy w zakresie ceny, w szczególności w razie zmiany przepisów podatkowych. Zamawiający stwierdził, że wobec

braku definicji legalnej pojęcia „cena” należy posiłkować się orzecznictwem i stanowiskiem doktryny (powoływanym w treści odwołania), które zastosowanie niezgodnej z obowiązującymi przepisami stawki podatku VAT nakazują kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny oferty. Powoływał również konieczność oceny ofert porównywalnych, poszanowania zasad zawartych w art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz okoliczność złożenia w dwóch pozostałych częściach postępowania ofert uwzględniających 22% stawkę VAT.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej unieważnienia postępowania. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania. W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 p.z.p., ustawodawca w art. 180 ust. 2 p.z.p. określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Przywołany przepis nie wymienia czynności unieważnienia postępowania. Rozpoznanie odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania jest zatem niedopuszczalne.

W badanym postępowaniu odwołujący złożył jedyną ofertę. Unieważnienie postępowania jest zatem skutkiem czynności odrzucenia oferty, wskazanej w art. 180 ust. 2 p.z.p. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp podlega więc rozpoznaniu. Potwierdzenia. Potwierdzenie zarzutu wywiera wpływ na postępowanie w sferze nieobjętej kognicją Izby - implikuje utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, Izba rozpoznała zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego na rozprawie, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 grudnia 2010 roku pod numerem 357613.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określała, iż przedmiotem zamówienia jest sukcesywna publikacja ogłoszeń prasowych związanych z bieżącą działalnością Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego w Lublinie, w części II - publikacja w prasie codziennej o zasięgu regionalnym (obszar województwo lubelskie).

W rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił sposób obliczenia ceny oferty, stanowiąc, że cena oferty to całkowita cena brutto (ust. 1) oraz, że cena podana w ofercie jest ceną stałą (ryczałtowa) w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia i nie podlega jakimkolwiek zmianom.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (rozdział XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W rozdziale XV ust. 4 pkt 1) zamawiający przewidział możliwość dokonania zamiany umowy w zakresie ceny, w przypadku, gdy nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację umowy, w szczególności przepisów podatkowych.

W we wzorze formularza oferty zamawiający oczekiwał podania stawki podatku VAT.

Termin składania ofert upływał 21 grudnia 2010 r.

Odwołujący złożył jedyną ofertę na część II postępowania., określając w formularzu ofertowym wartość oferty brutto na kwotę 113.750 zł, cenę jednostkową brutto za m² powierzchni ogłoszenia na kwotę 4,55 zł, stawkę podatku VAT na 23%.

Powyższe ustalenia zapadły w oparciu o wymienione dokumenty okazane w oryginale podczas rozprawy.

Okolicznością znaną powszechnie jest, że zmiana ustawy z dnia 26 listopada 2010 roku o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej wprowadzająca stawkę VAT 23% został podpisana przez Prezydenta 13 grudnia 2010 roku i opublikowana w Dzienniku Ustaw 17 grudnia 2010r. (Dz. U. Nr 238, poz. 1578).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie,

W okolicznościach sporu czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. była czynnością wadliwą.

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. W doktrynie i większości orzecznictwa przyjmuje się, że zastosowanie błędnej stawki podatku VAT należy kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, błąd w obliczeniu ceny nie występuje jedynie wówczas, gdy są to omyłki rachunkowe, rzeczowe. Omyłki rachunkowe to uchybienia o charakterze arytmetycznym – efekt wadliwego wykonania działań na liczbach. Do omyłki rachunkowej, z zastrzeżeniem jej oczywistego charakteru, odnosi się art. 87 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Oczywista omyłka rachunkowa podlega obligatoryjnej poprawie. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych błąd statuuje inną sytuację prawną. Oferta dotknięta błędem w obliczeniu ceny nie podlega uzdrowieniu i musi zostać

odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. W ocenie Izby, błąd w ofercie, w tym błąd w obliczeniu ceny oferty, polega na niezgodności z istniejącym stanem rzeczy.

Izba ocenia, że do przyjęcia, iż wskazanie stawki podatku VAT w nieprawidłowej wysokości skutkuje zaistnieniem błędu w obliczeniu ceny, niezbędne jest, aby zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazania przez wykonawców wysokości stawki podatku. Zauważyć trzeba, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p. jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty. Błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.

Postulat równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymaga od zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający czyni zadość wymaganiom zawartym w art. 7 ust. 1 p.z.p. i nie dopuszcza się obrazy art. 89 ust. 1 p.z.p., gdy odrzuca ofertę tylko z powodu niezgodności z wymaganiami, które zostały wprost zapisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można przyjąć, że wymaganie wskazania w ofercie wysokości stawki podatku od towarów i usług nie musi mieć źródła w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo iż obciążenie wynagrodzenia wykonawcy kwotą podatku wynika wprost z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 p.z.p. cena to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.).

Art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nakazuje uwzględnienie w cenie kwoty podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż podlega obciążeniu takim podatkiem. Z przywołanego przepisu nie wynika obowiązek wskazania, wyodrębnienia kwoty podatku lecz jedynie ujęcia jej w cenie. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby po rozważeniu charakteru przedmiotu postępowania, wymagać podania w ofertach wyłącznie ceny brutto.

Zważyć trzeba na szczególne okoliczności prowadzenia postępowania - termin składania ofert przypadł już po podpisaniu ustawy z dnia 26 listopada 2010 roku o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej, wprowadzającą stawkę VAT 23%, przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw. Wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych tok czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz bieg terminów poprzedzających zawarcie umowy (stand still) powodują, że możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do 31 grudnia 2010 r., a zwłaszcza przystąpienie do jej wykonania, miały

charakter typowo hipotetyczny. Potwierdza to przesłanie przez zamawiającego informacji o wynikach postępowania we wszystkich jego częściach 5 stycznia 2011 r.

Powoływane przez zamawiającego postanowienie rozdziału XV ust. 4 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnosi się do zmiany umowy już zawartej. Ze swojej natury klauzule adaptacyjne dotyczą okoliczności zaistniałych po podpisaniu umowy. W tym przypadku w treści klauzuli została wskazana zmiana przepisów. Zmiana przepisów wprowadzająca stawkę VAT 23% nastąpiła, w dacie złożenia oferty trwało jedynie *vacatio legis*. O ile można mieć na względzie intencję zamawiającego, zapewnienia możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, w razie zmiany przepisów, to jednak z treści rozdziału XV ust. 4 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie sposób wywieść, iż zamawiający oczekuje wskazania wysokości stawki podatku VAT w wysokości obowiązującej na dzień składania ofert. Dalsza ocena postanowienia rozdziału XV ust. 4 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym ci do zgodności z art. 144 ust. 1 p.z.p. przekracza granice wyznaczone zarzutami odwołania.

Wobec powyższego, Izba uznała, że wskazanie wysokości stawki podatku VAT w formularzu oferty, stanowi wyłącznie informację dla zamawiającego, czy ewentualnie istnieją podstawy do zmiany wysokości wynagrodzenia. Wykonawcy, którzy w ofertach wskazali stawkę 22% mogą domagać się zwiększenia wysokości wynagrodzenia powołując się na wzrost stawki podatku VAT. Takie uprawnienie nie służy odwołującemu.

Zamawiający, który opisując sposób obliczenia ceny oferty nie wymagał od wykonawców podania wysokości stawki VAT, nie może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej, jego zdaniem stawki podatku VAT.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, mimo iż, na jej podstawie mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, a strony mogą wykonać swoje świadczenia zgodnie z zaciągniętym zobowiązaniem oraz zgodnie z prawem. Takie działanie sprzeczne jest z celem regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może podlegać ochronie.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego uwzględnienie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na brak przedłożenia rachunku wymaganego przez § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....