

Sygn. akt: KIO 1518/22

WYROK
z dnia 20 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 roku przez **Wykonawcę Firma Handlowo Usługowa K. M. K.** z siedzibą w Imielinie w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Imielin,**

przy udziale **Wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Berylbola B. W.”** z siedzibą w Imielinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Firmę Handlowo Usługową K. M. K. z siedzibą w Imielinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Firmę Handlowo Usługową K. M. K. z siedzibą w Imielinie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Imielin – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp mającego za przedmiot *Roboty związane z utrzymaniem i konserwacją rowów na terenie Miasta Imielin w 2022 r.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 maja 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00151734/01.

W dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dniu 6 czerwca 2022 r. Wykonawca Firma Handlowo Usługowa K. M. K. z siedzibą w Imielinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego – Wykonawcy Berylboła B. W. (dalej jako „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, podczas gdy oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny w postaci uwzględnienia nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący opisał stan faktyczny wskazując m.in., że Zamawiający nie określił stawki podatku VAT, jaką powinni zastosować wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia. Jednocześnie Przystępujący w złożonej ofercie zaoferował cenę w wysokości 224.000,60 zł brutto, w tym podatek od towarów i usług według stawki 23%.

Następnie Odwołujący powołał się na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2015 r. poz. 1676, z późn. zm.) wskazując, że tego rodzaju usługi należy zakwalifikować według kodu PKWiU 81.30.10.0 – usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Na potwierdzenie swojego twierdzenia Odwołujący powołał się na Interpretację indywidualną z dnia 26 kwietnia 2019 r. znak: 0112-KDIL1-2.4012.73.2019.2.JO oraz pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 11 maja 2018 r., znak pisma: 0115-KDIT1-1.4012.154.2018.2.NK, przytaczając fragmenty ww. pism.

W dalszej kolejności Odwołujący powołał się na art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4. Z kolei, jak wskazał Odwołujący, w załączniku numer 3 do ustawy - wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7% - znajduje się pozycja nr 52 oznaczona symbolem PKWiU 81.30 *Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych*. Następnie Odwołujący przytoczył treść art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%: (...) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że prawidłowa stawka podatku od towarów i usług dla usług będących przedmiotem zamówienia wynosi 8%. W ocenie Odwołującego Wykonawca Berylbola do obliczenia zaoferowanej ceny przyjął błędną stawkę podatku od towarów i usług na poziomie 23%, podczas gdy, uwzględniając przedmiot niniejszego zamówienia, prawidłowa stawka wynosi 8%.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę złożoną przez Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do kalkulacji ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT.

Pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że odwołanie jest spóźnione, gdyż dotyczy *de facto* par. 3 ust. 3 projektowanego postanowienia umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ, zgodnie z którym Zamawiający określił stawkę podatku VAT na poziomie 23%.

Ewentualnie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W części argumentacyjnej Zamawiający podniósł, że w postanowieniu par. 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy Zamawiający wskazał, że do maksymalnej wartości nominalnej wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy zastosowanie winna znaleźć stawka podatku VAT na poziomie 23%.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe odwołanie w rzeczywistości dotyczy treści SWZ – projektowanego postanowienia umowy ustalonego w par. 3 ust. 3 – zatem wniesione w dniu 6 czerwca 2022 r. należy je uznać za wniesione po terminie określonym w art. 515 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł również, że w corocznie prowadzonych postępowaniach o udzielenie niniejszego zamówienia obowiązującą stawką podatku VAT była stawka 23%. Ponadto w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym na początku bieżącego roku i unieważnionym na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył ofertę przyjmując stawkę podatku VAT na poziomie 23 %.

Następnie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie „(...) stawka podatku VAT - 23% jest prawidłowa w niniejszym zamówieniu, natomiast Odwołujący poza przytoczeniem różnych interpretacji skarbowych, odnoszących się do całkowicie innych stanów faktycznych, nie podał w odwołaniu jakiegokolwiek merytorycznej argumentacji, która mogłaby chociażby uprawdopodobnić, że prawidłową stawką podatku VAT powinno być w tym przypadku 8%.”.

Pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. stanowisko przedstawił Przystępujący. Wniósł w nim o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację.

Pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym zawarł replikę w stosunku do stanowisk wyrażonych przez Zamawiającego i Przystępującego oraz załączył opinię doradcy podatkowego z dnia 14 czerwca 2022 r. w sprawie określenia prawidłowej stawki podatku VAT dla zadania pn. „Roboty związane z utrzymaniem i konserwacją rowów na terenie Miasta Imielin w 2022 roku”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu uznając, że granicami zaskarżenia Odwołujący objął zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, która w jego ocenie zawierała błąd w obliczeniu ceny. Jednocześnie Odwołujący założył, że Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania obowiązującej stawki podatku VAT. Odwołujący zatem nie kwestionował postanowień SWZ,

lecz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd też początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania kwestionującego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy był moment przekazania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Firma Berylbola B. W.”.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne.

Przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty związane z utrzymaniem i konserwacją rowów na terenie Miasta Imielin w 2022 r.

Zgodnie z punktem II.1 SWZ przedmiot zamówienia będzie realizowany w dwóch etapach: wiosennym i jesiennym. Każdy etap obejmuje utrzymanie 43 000 mb rowów komunalnych jednorazowo. W okresie wiosennym przewiduje się wykoszenie 23 000 mb rowów, odwóz urobku na odległość do 10 km w ilości około 80 m³, odmulenie przepustu rurowego o średnicy fi 400 mm z rozplantowaniem urobku na miejscu w ilości 250 mb, odmulenie przepustu rurowego o średnicy fi 600 mm z rozplantowaniem urobku na miejscu w ilości 250 mb, wykoszenie i odmulenie rowu z namułu o grubości 20 cm - 18 000 mb rowów, wykoszenie i odmulenie rowu z namułu o grubości 30 cm - 2 000 mb rowów.

W okresie jesiennym przewiduje się wykoszenie 43 000 mb rowów, odmulenie przepustu rurowego o średnicy fi 400 mm z rozplantowaniem urobku na miejscu w ilości 250 mb, odmulenie przepustu rurowego o średnicy fi 600 mm z rozplantowaniem urobku na miejscu w ilości 250 mb. (...). Niniejsze zadanie obejmuje usługi w zakresie: wykaszania chwastów i samosiewów, odmulania rowów, czyszczenie przepustów rurowych samochodami asenizacyjnymi typu WUKO.

W rozdziale XII ust. 7 SWZ Zamawiający wskazał, że podana w ofercie cena musi

być ceną ostateczną, kompletną, jednoznaczną, nadto musi uwzględniać: wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w SWZ, wszelkie zobowiązania Wykonawcy oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § 3 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 3 do SWZ:

1. Strony ustalają następujące wynagrodzenie ryczałtowo - jednostkowe brutto za wykonanie poszczególnych prac wchodzących w zakres zadania, o którym mowa w § 1 umowy:

- a) wykoszenie 1m² rowu - zł
- b) odwóz 1m³ urobku na odległość 10 km - zł
- c) odmulenie 1mb przepustu ϕ 0,4m z rozplanowaniem urobku na miejscu - zł
- d) odmulenie 1mb przepustu ϕ 0,6m z rozplanowaniem urobku na miejscu - zł
- e) wykoszenie i odmulenie 1mb rowu z namułu gr. 20 cm - zł
- f) wykoszenie i odmulenie 1mb rowu z namułu gr. 30cm - zł

2. Całkowite rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy wynikać będzie z sumy iloczynów wynagrodzeń jednostkowo – ryczałtowych i ilości faktycznie wykonanych poszczególnych usług/robót.

3. Maksymalna wartość nominalna wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nie może przekroczyć zł brutto – przy 23 % podatku VAT i jest ona podstawą ustaleń § 9 ust. 1 pkt 1 litera c, d, h i, j oraz § 10 ust. 1 pkt 2 litera b. Po wyczerpaniu tej kwoty umowa ulega rozwiązaniu.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 224 000,60 zł w tym VAT na poziomie 23%.

Wykonawca JKT J. K.-T. złożył ofertę z ceną 518 762,00 zł, w tym VAT na poziomie 23%.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 315 885,00 zł, w tym VAT na poziomie 8%.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania – jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Przystępującego – Wykonawcę Firmę Berylbola B. W. .

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z poglądem doktryny, „Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT (...)”¹.

Izba uznała, że Odwołujący zarzuty odwołania oparł na błędnych ustaleniach faktycznych. Odwołujący bowiem założył, że Zamawiający nie określił stawki podatku od towarów i usług, którą należało przyjąć do obliczenia ceny oferty. Tymczasem z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że zgodnie z § 3 ust. 3 projektowanych postanowień *umowy maksymalna wartość nominalna wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy nie może przekroczyć zł brutto – przy 23% podatku VAT i jest ona podstawą ustaleń § 9 ust. 1 pkt 1 litera c, d, h, i, j oraz § 10 ust. 1 pkt 2 lit. b. Po wyczerpaniu tej kwoty umowa ulega rozwiązaniu.*

W ocenie Izby konstrukcja postanowienia § 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 3 do SWZ pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający określił stawkę podatku VAT obowiązującą dla przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na poziomie 23%. Izba zwróciła uwagę na fakt, że maksymalna wartość nominalna wynagrodzenia została w ww. postanowieniu umownym określona w formie brutto, przy czym Zamawiający dodając sformułowanie „przy 23% podatku VAT” doprecyzował jednocześnie obowiązujący poziom stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia. Wartość maksymalna wynagrodzenia – z uwagi na określenie jej w formie brutto – pozostawałaby bowiem niezmienna niezależnie od stawki zastosowanego podatku. Dodatkowo Zamawiający wpisał w postanowieniu wzoru umowy jedną stawkę podatku VAT w sposób kategoryczny, nie dając możliwości wpisania innej niż określona przez niego na poziomie 23%. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział możliwości zastosowania stawki podatku VAT na innym poziomie niż wskazane 23%. Stąd też literalne brzmienie ww. postanowienia umownego prowadzi do wniosku, że wskazanie w nim stawki 23% podatku VAT jest równoznaczne z ustanowieniem tej stawki stawką obowiązującą dla przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Podkreślenia wymaga, że wzór umowy stanowi integralny element Specyfikacji Warunków Zamówienia.

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, s. 725.

W tym miejscu należy wskazać, że Przystępujący złożył ofertę, której cenę skalkulował z uwzględnieniem stawki podatku VAT na poziomie 23% - zatem zgodną z żądaniem Zamawiającego wyrażonym we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, „(...) O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że nie można zarzucić błędu w obliczeniu ceny wykonawcy, który zastosował w kalkulacji ceny stawkę podatku VAT na poziomie określonym przez Zamawiającego. W sytuacji określenia przez Zamawiającego obowiązującej stawki podatku VAT wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia są tą stawką związani, o ile nie została skutecznie zakwestionowana na właściwym etapie postępowania. Jednocześnie należy dostrzec, że w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący nie zakwestionował we właściwym terminie stawki podatku VAT ustalonej przez Zamawiającego w treści § 3 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, lecz błędnie uznał, że Zamawiający nie dokonał określenia obowiązującej stawki podatku VAT. Odwołujący wywiódł z poczynionych przez siebie założeń, że Przystępujący, stosując stawkę podatku VAT na poziomie 23%, dopuścił się błędu w obliczeniu ceny, co jest nie do pogodzenia z ustalonym stanem faktycznym – wobec faktu, że stawka podatku VAT na poziomie 23% została wskazana przez Zamawiającego jako stawka obowiązująca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że stawiany przez Odwołującego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym, tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: