

Sygn. akt: KIO 2472/11  
KIO 2483/11

## WYROK

z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec  
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18 listopada 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: PPHU PERFEKT Sp. z o.o., ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń (Lider Konsorcjum) i PPUH HERMES Sp. z o.o. i FU JAGR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń (KIO 2472/11)**
- B. w dniu 21 listopada 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marsa 56, 04-242 Warszawa (KIO 2483/11)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Amar Sp. z o.o., ul. Ks. P.Skwary 20, 44-370 Pszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2472/11 i 2483 po stronie po stronie zamawiającego;
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marsa 56, 04-242 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2472/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołania
  2. kosztami postępowania obciąża
    - A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: PPHU PERFEKT Sp. z o.o., ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń (Lider Konsorcjum) i PPUH HERMES Sp. z o.o. i FU JAGR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń**
    - B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marsa 56, 04-242 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: **30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez:
    - A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: PPHU PERFEKT Sp. z o.o., ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń (Lider Konsorcjum) i PPUH HERMES Sp. z o.o. i FU JAGR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń**
    - B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marsa 56, 04-242 Warszawa**
- tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: PPHU PERFEKT Sp. z o.o., ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń (Lider Konsorcjum) i PPUH HERMES Sp. z o.o. i FU JAGR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój** kwotę **3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Marsa 56, 04-242 Warszawa** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój** kwotę **3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Sygn. akt: KIO 2472/11  
KIO 2483/11

## Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa (dalej: „Zamawiający”) wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kompleksową eksploatację łaźni i pralni górniczych wraz z urządzeniami technicznymi w JSW S.A. KWK „Pniówek”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2011 r. pod nr 2011/S 139-231177.

W postępowaniu tym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania złożone:

- 1) w dniu 18 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: PPHU PERFEKT Sp. z o.o., (Lider Konsorcjum), PPUH HERMES Sp. z o.o. i FU JAGR Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Bieruniu, zwanych dalej: „Konsorcjum Perfekt” lub „Odwołujący” (KIO 2472/11)
- 2) w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: w Warszawie, zwanych dalej: „Konsorcjum Impel” lub „Odwołujący” (KIO 2483/11).

Odwołania zostały złożone na skutek czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert obydwu odwołujących się wykonawców, o której to czynności Zamawiający przesłał tym wykonawcom informację w dniu 10 listopada 2011 r. Kopie złożonych do Prezesa Izby odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w datach ich złożenia do Prezesa Izby.

Do wskazanych postępowań odwoławczych na skutek wezwań Zamawiającego z dnia 21 listopada 2011 r., skierowanych do wykonawców swoje przystąpienia złożyli:

- 1) w dniu 23 listopada 2001 r. wykonawca Amar Sp. z o.o., z siedzibą w Pszowie (dalej: „Amar” lub „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2472/11 i KIO 2483/11 po stronie po stronie Zamawiającego;

- 2) w dniu 24 listopada 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2472/11 po stronie Zamawiającego,

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska odwołujących się wykonawców w obydwu sprawach odwoławczych:

#### I. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Perfekt w sprawie KIO 2472/11

Podstawą zarzutów odwołania była czynność oceny i wyboru oferty przez Zamawiającego oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego. W tym zakresie odwołujący wskazał na:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego
- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezażądanie od wykonawców wyjaśnienia treści złożonych przez niech ofert
- 3) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niepoprawienie omyłki w ofercie Odwołującego
- 4) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Składając odwołanie Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie i:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności oceny i wyboru ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert oraz
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego  
oraz ewentualnie o
4. uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny i wyboru ofert, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie wszystkich ofert i unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający podniósł, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była prawidłowa. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego błędem w obliczeniu ceny, polegającym na tym, że Odwołujący podał niewłaściwą stawkę podatku VAT w zakresie części zamówienia: za gotowanie i wydawanie mleka. Odwołujący w tym zakresie określił stawkę 23%, a zdaniem Zamawiającego właściwa stawka to 8%. Zamawiający powołał się w tym zakresie na Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług, poz. nr 56.30.10.0 „usługi przygotowywania i podawania napojów”, uznając, że przygotowywanie i podawanie napojów dla załogi kopalni mieszczą się w tym grupowaniu. Następnie - zdaniem

Zamawiającego - zgodnie z § 7.1 pkt 1 i z załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 73, poz. 392 z późn. zm.) usługa ta- jako usługa związana z wyżywieniem - podlega opodatkowaniu stawką 8%. Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się.

Podkreślił, że Zamawiający nie jest podmiotem władnym do określania stawek podatku VAT. Wskazał, że okoliczność, iż inni wykonawcy określili tę stawkę na 8% nie wskazuje na to, że to oni mają rację. Wskazał na to, że to wykonawcy samodzielnie ustalają stawkę tego podatku. Według niego Zamawiający, który nie posiada odpowiedniej wiedzy w tym zakresie, winien - zanim podejmie decyzję - zwrócić się do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z żądaniem wyjaśnienia treści oferty w tego zaś Zamawiający nie uczynił. Jego zdaniem bez wyjaśnienia zastosowania takiej, a nie innej stawki Zamawiający nie może być pewien, że zastosowana stawka jest błędna.

Odwołujący wskazał też, że gotowanie i wydawanie mleka nie jest przedmiotem zamówienia. Przywołał postanowienia Specyfikacji technicznej zamówienia, stanowiącą załącznik nr 1 do SIWZ, która określa zakres rzeczowy zamówienia. Wynika z niego, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa eksploatacja łaźni, pralni, punktów dystrybucji napoi, wyposażenia technicznego, stacji wymienników ciepła itp. Wydawanie mleka stanowi jedynie jedną z wielu czynności w zakresie eksploatacji budynku starej łaźni. Nie jest – według Odwołującego - osobną, charakterystyczną i odrębną usługą (o ile w ogóle jest usługą) tego zamówienia, lecz stanowi część innej usługi: eksploatacji budynku łaźni. Wskazał także na projekt umowy dołączony do SIWZ, który nie przewiduje konieczności „rozpisywania” w miesięcznych fakturach wszystkich czynności określonych w zakresie rzeczowym (§ 4 ust. 2 projektu umowy). Podkreślił, że jest tam jedynie zapis, że faktura miesięczna ma stanowić 1/12 rocznej wartości umowy. Umowa ta – zdaniem Odwołującego - ma także charakter ryczałtowy- jej wysokość jest niezależna od tego, ile mleka w danym okresie wykonawca wyda pracownikom Zamawiającego i czy w ogóle wyda. Wskazał też na taką ewentualność, że pracownicy wybiorą tylko kawę oraz herbatę z napojów, a nie mleko i wówczas trudno będzie odrębnie zafakturować „wydawanie (dostawę) mleka”, bo taka czynność nie miała miejsca, należałobytak uczynić, aby wypełnić wymóg, iż każda faktura ma mieć taką samą wysokość.

Odwołujący podniósł również, że zafakturowanie usługi, której się nie wykonało ze stawką 8% naraża obie strony umowy na przykre konsekwencje podatkowe. Skoro zaś Zamawiający nie wymagał osobnego „rozbicia” na fakturach poszczególnych czynności wykonywanych w ramach umowy, a wydawanie mleka stanowi jedynie jedną z czynności w ramach usługi eksploatacji budynku starej łaźni, Odwołujący uznał, że w takim przypadku jedyną możliwą stawką jest stawka podstawowa, czyli 23% (stawka właściwa dla świadczenia charakterystycznego, czyli eksploatacji budynku łaźni). Według Odwołującego Zamawiający zdawał sobie sprawę z tego, że na fakturze znajdzie się tylko jedna pozycja (np. „miesięczna realizacja przedmiotu umowy”). Według

Odwołującego powyższe wynika z wzoru oferty, który stanowi załącznik nr 2 do SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał jedynie podania ceny brutto za cały przedmiot zamówienia z jedną, jednolitą stawką podatku VAT. To zdaniem Odwołującego śświdy, że stawka podatku VAT podana przez Odwołującego, w tym konkretnym przypadku była prawidłowa i wynikała z SIWZ oraz wzoru umowy.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podał również inne argumenty i wskazał, że przyjmując, że podana stawka podatku VAT w zakresie przygotowania i podawania mleka była nieprawidłowa i powinna wynosić 8%, Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego. Powodem odrzucenia był błąd w obliczeniu ceny. Błąd zaś powstałby jedynie wtedy, gdyby Zamawiający wymagał w formularzu ofertowym „obliczenia ceny”, co następuje zwykle wtedy, gdy Zamawiający nakazuje podać najpierw cenę netto, następnie stawkę i wartość podatku VAT, a na koniec obliczoną na tej podstawie cenę brutto. W takiej sytuacji, błędna stawka VAT powoduje, że inna będzie cena brutto oferty, bo inny będzie wynik dodawania ceny netto i kwoty podatku. Wtedy tylko – według Odwołującego - możemy mówić o błędzie w obliczeniu ceny. W przypadku zaś niniejszego zamówienia – według Odwołującego - Zamawiający wymagał jedynie podania ceny brutto oraz stawki podatku VAT, nie interesowała ani cena netto ani kwota podatku. Według Odwołującego Zamawiający nie wymagał obliczenia ceny przy użyciu ceny netto oraz kwoty podatku. W tym zaś przypadku stawka podatku jest tylko liczbą i jej zmiana nie spowoduje zmiany ceny brutto.

Odwołujący wskazał, że znane jest mu powołane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu jego oferty orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak również orzecznictwo KIO w zakresie pomyłki w stawce VAT. Wszystkie te orzeczenia - według niego - zostały wydane w postępowaniach, w których Zamawiający wymagał podania osobno ceny netto, osobno stawki i kwoty podatku i osobno ceny brutto w niniejszej sprawie zaś było według niego inaczej. Podkreślił, że Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) nie opowiedział się za stanowiskiem, że w każdym przypadku błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Sąd według Odwołującego powiedział jedynie, że jest to błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Dopuścił więc sytuację, w której nieprawidłowa stawka podatku VAT będzie omyłką. W tym przypadku – według Odwołującego zmiana stawki nie spowoduje zmiany ceny brutto, a jedynie korektę samej stawki podatkowej (liczby). Zamawiający w tym konkretnym przypadku, jeśli uważał, że stawka jest błędna winien poprawić ją samodzielnie, jako omyłkę. Podkreślił również, że ze względu na to, że cena zamówienia jest ceną ryczałtową, kosztorys wykonania zamówienia ma znaczenie drugorzędne. A ponieważ Zamawiający uznał, że interesuje go wyłącznie cena brutto konsekwentnie należało uznać, że prawidłowe są w tym kosztorysie ceny brutto, co pozwoli potraktować ewentualny błąd w stawce za omyłkę i dokonać odpowiedniego jego poprawienia.

Z jeszcze dalej idącej ostrożności podniósł, że Izba w tej sprawie powinna zastanowić się nad nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Podkreślił, że pozostali

wykonawcy przy stawce za cały przedmiot zamówienia wpisali stawkę 23/8 %. Taka stawka z całą pewnością nie jest prawidłowa, więc konsekwentnie należało odrzucić pozostałe oferty. Podkreślił też, że Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w zakresie stawki podatku dla usługi „gotowania i podawania mleka” powołał się na § 7.1 pkt 1 w zw. z poz. 7 załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 73, poz. 392 z późn. zm.). Ze specyfikacji technicznej (załącznik nr 2 do SIWZ)- pkt A.3, ppkt c) (str. 6 specyfikacji technicznej) wynika, że mleko będzie sprzedawane nie tylko jako gotowane, ale też jako surowe (w okresie letnim). W takim przypadku – zdaniem Odwołującego - nie jest to już usługa związana z wyżywieniem, ale zwykła sprzedaż (dostawa) mleka. Zgodnie zaś z powołanym załącznikiem nr 1 opodatkowaniu stawką 8% podlegają usługi związane z wyżywieniem za wyjątkiem sprzedaży innych towarów w stanie nieprzetworzonym. Przynajmniej więc w przypadku sprzedaży zimnego mleka stawka 8% nie jest prawidłowa. Ta obniżona stawka podatku VAT dotyczy jedynie świadczenia usług, a nie sprzedaży (dostawy) towarów, co wynika wprost z brzmienia załącznika nr 1 do wskazanego Rozporządzenia Ministra Finansów. Zamawiający, odrzucając ofertę innego wykonawcy- Konsorcjum Impel uznał, że wykonawca ten podał niewłaściwą stawkę podatku VAT w zakresie gotowania kawy i herbaty (8% zamiast 23%). W tym przypadku Zamawiający uznał, że nie jest to w istocie usługa gotowania i podawania kawy i herbaty, ale sprzedaż (dostawa) kawy i herbaty- powołał się bowiem na ten sam załącznik nr 1 podając za nim, że podatkiem 8% objęte są usługi związane z wyżywieniem za wyjątkiem sprzedaży kawy i herbaty. W przypadku mleka jednak Zamawiający uznał, że jest to usługa „podawania mleka”, a nie sprzedaż (bo gdyby to była sprzedaż to nie można by zastosować stawki 8%). Tymczasem te dwie czynności – zdaniem Odwołującego - nie różnią się od siebie. Sposób przygotowania i podawania, podejmowane czynności są niemal identyczne. Nie ma powodów do odrębnego traktowania akurat mleka. Tym bardziej, że podawane będzie również w stanie surowym, co tym bardziej uzasadnia uznanie tej czynności za dostawę towaru, a nie usługę. Zdaniem Odwołującego jeśli Zamawiający uznaje, że kawa i herbata podlega opodatkowaniu stawką 23%, jako dostawa tych towarów, a nie usługa związana z wyżywieniem, to tym bardziej taka stawka powinna być zastosowana do mleka.

Podkreślił, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający dla przedmiotu zamówienia podał kilka grupowań ze Wspólnego Słownika Zamówień i żadne z nich nie dotyczy usługi wydawania posiłków, co według niego wskazuje, że ta czynność jest tylko fragmentem innej usługi i jako taka podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla usługi głównej (charakterystycznej), czyli dwudziestotrzyprocentową. Podkreślił, że Zamawiający podał też kod CPV15511000, który oznacza „mleko” (jako towar, a nie jako usługę jego podawania). To świadczy o tym, że Zamawiający zdawał sobie sprawę, że w rzeczywistości wykonawca nie będzie w tym zakresie świadczył żadnych usług, lecz po prostu sprzedawał mleko. Powołał się w tym zakresie na stanowisko prezentowane w tym zakresie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (np. połączone sprawy C-497/09 (Bog), C-499/09 (CinemaxXEntertainment), C-501/09 (Lochmeyer) i



C-502/09 (FleischereiNier). Podniósł, że Trybunał uznał, że samo podgrzanie posiłków oraz ich późniejsze podanie nie jest wystarczające do uznania takiej działalności za świadczenie usług, gdyż element podgrzania i podania stanowi jedynie w minimalnym zakresie świadczenie dodatkowe i nie zmienia dominującego charakteru świadczenia głównego, jakim jest dostawa towarów. Zgodnie z tym orzeczeniem podgrzanie mleka przez jego podaniem nie jest wystarczające do uznania, że jest to świadczenie usług związanych z wyżywieniem (i opodatkowanych stawką 8%). Nie jest to w ogóle usługa, a dostawa towarów (konkretnie mleka). Dostawa mleka jest opodatkowana stawką 5%, zgodnie z art. 41 ust. 2a Ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z poz. 21 załącznika nr 10 do ustawy (z powołaniem PKWiU ex 10.5, który dotyczy mleka i wyrobów mleczarskich). Jeśli więc Zamawiający uważa, że podawanie mleka ma mieć odrębną stawkę podatku VAT (czemu Odwołujący się sprzeciwił), to właściwą stawką będzie stawka pięcioprocentowa, a nie ośmioprocentowa. W takim zaś przypadku oferty wszystkich innych wykonawców zawierają błędy w zakresie określenia tej stawki VAT i jako obciążone błędem w obliczeniu ceny winny zostać odrzucone, co z kolei winno skutkować unieważnieniem postępowania.

W toku rozprawy Konsorcjum Perfekt podtrzymało zarzuty, żądania i argumentację w przedmiotowej sprawie, przedkładając dodatkowo opinię podatkową z dnia 28 listopada 2011 r. sporządzoną przez firmę Audyt i Doradztwo Pawlik, Modzelewskio i Wspólnicy Sp. z o.o.

## II. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Impel w sprawie: KIO 2483/11

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy czynności badania i oceny złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6, poprzez bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego ofert Odwołującego
- 3) art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) uchylecia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Amar
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazał on na następujące okoliczności. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na błędne podanie stawki podatku VAT stanowiące błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie. Zamawiający w uzasadnieniu tego odrzucenia wskazał, że zgodnie z zapisami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 z późn. zm.) usługi polegające na gotowaniu kawy i herbaty mieszczą się w grupowaniu PKWiU

56.30.10.0 „Usługi przygotowania i podawania napojów”. W ocenie Zamawiającego, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r. Nr 73, poz. 392 z późn. zm.) § 7.1. pkt 1 i z Załącznika nr 1 do w/w rozporządzenia poz. 7 wynika, że usługi związane z wyżywieniem (PKWiU ex 56) z wyłączeniami, podlegają obniżonej stawce podatku VAT, tj. 8%, w tym z wyłączeniem sprzedaży kawy i herbaty (wraz z dodatkami). Ustawa z dnia 11 kwietnia 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. z 2011r. Nr 177 poz. 1054) art. 2 pkt 22 pod pojęciem sprzedaży rozumie się: „opłatną dostawę towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju, eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotową dostawą towarów. Odwołujący podniósł, że wskazane jako uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel argumenty i tezy Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia tak w obowiązujących przepisach prawa podatkowego, jak również w wykładni ww. przepisów. Wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zobowiązany był dołączyć do oferty, zgodny co do treści z wymogami określonymi w SIWZ Kosztorys wykonania zamówienia. Zamawiający określił, iż w pozycji II. 1 przywołanego kosztorysu, wykonawca zobligowany był wskazać wartość netto w okresie rocznym, stawkę podatku VAT, podatek VAT oraz cenę brutto w okresie rocznym za przygotowanie napojów, tj. gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń. Ponadto, Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna), określił, że obowiązkiem wykonawcy, świadczącego przedmiotową umowę o zamówienie publiczne, będzie w zakresie zabezpieczenia dla załogi kopalni na każdej ze zmian, dostatecznej ilości gotowanej słodkiej herbaty oraz gotowanej słodzonej kawy zbożowej (Załącznik nr 1; A.3.a str. 5 ). Dodatkowo Zamawiający w tym samym załączniku w części II ( Wymagania Techniczne i Organizacyjne do Spełnienia przez Wykonawcę , pkt 5a str. 16 ) wskazał, iż podstawowym materiałem technologicznym do wykonania usługi w ww. zakresie jest kawa zbożowa, którą wykonawca zgodnie z informacją zawartą w cz. I ww. załącznika pkt A.3.a str. 5 powinien zabezpieczyć w ilości około 600 litrów na 3 zmianach oraz pozostałe materiały technologiczne jak cukier etc. konieczne do wykonania usługi zgodnie z zakresem prac. Ustawa o podatku od towarów i usług stanowi, że stawka podstawowa podatku VAT ma zastosowanie do wszystkich transakcji podlegających opodatkowaniu zgodnie z art. 5. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że ustawa o podatku od towarów i usług, dopuszcza wyjątki od wyżej przywołanej zasady generalnej. Podstawowa stawka podatku VAT nie znajduje zastosowania do ściśle określonych dostaw i usług na podstawie przepisów art. 41 ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7 oraz art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1, oraz przy uwzględnieniu przejściowej zmiany stawek unormowanej w art. 146a ustawy o VAT, a także przepisów wykonawczych do ustawy o VAT, w szczególności Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 4 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 73, poz. 392 ze zm.). Wskazał, że przepisy dopuszczające stosowanie obniżonej stawki podatku VAT, to w szczególności zapisy Załącznika Nr 10 do ustawy o VAT, w związku z art. 41 ust. 2a tej ustawy, dotyczące towarów opodatkowanych stawką 5%, Załącznika Nr 3 do ustawy o VAT odnośnie towarów i usług opodatkowanych stawką 8% oraz Załącznika Nr 1 do rozporządzenia wykonawczego, obniżającego stawkę podatku dla określonych czynności do wysokości 8%. Produkt o

nazwie kawa zbożowa, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, jak również usługi związane z wyżywieniem, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, stanowiące przedmiot zamówienia, wskazane zostały przez ustawodawcę jako towary i usługi, do których stosować należy obniżoną stawkę podatku VAT, tj. 8%. Wskazana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia okoliczność, że sprzedaż kawy i herbaty, została wyłączona od stosowania ww. 8% stawki podatku VAT, w odniesieniu do stanu faktycznego, który zdeterminowany został opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, nie znajduje potwierdzenia w przepisach prawa podatkowego. Ustawodawca, w Załączniku nr 1 przywołanego Rozporządzenia w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, jednoznacznie wskazał, że obniża się stawkę dla podatku do wysokości 8% również dla usług związanych z wyżywieniem (ex. 56), z wyłączeniem sprzedaży m.in. kawy i herbaty wraz z dodatkami. Według Odwołującego Zamawiający, prawidłowo powołał przedmiotowy przepis jako podstawę ograniczającą uprawnienie do stosowania stawki podatku VAT dla usług polegających na sprzedaży kawy i herbaty. Jednakże, według Odwołującego, analizując zakres czynności należy mieć na uwadze, że przedmiotem świadczonej przez wykonawcę usługi nie będzie parzenie kawy „pitnej” - gotowej do sporządzenia, ale kawy zbożowej, która zgodnie z przyjętymi kwalifikacjami uznawana jest za substytut kawy. Mając na względzie dotychczasowe opinie podatkowe dotyczące kwestii stosowania prawidłowej stawki podatku VAT dla towarów posiadających w swojej nazwie wyraz „kawa”, Odwołujący stwierdził, że o przyporządkowaniu dla danego produktu odpowiedniej stawki podatku VAT rozstrzyga nie nazwa tegoż produktu, ale jego skład. Powyższe poruszył w kontekście stawki VAT właściwej dla tzw. napojów mlecznych z domieszką kawy (capuccino lub kawa latte), przywołując w tym zakresie interpretacje podatkowe (1435/PP1/443-07/06/AŁ; IBPP2/443-394/08/BW; IPPP1-443-727/11-2/MP) czy też preparatu zawierającego ekstrakt z kawy zielonej (interpretacja podatkowa: IPPPI-443-1064/II-4/Igo).

Według niego zgodnie z ugruntowaną praktyką i orzecznictwem przyjmuje się, że z uwagi na fakt, że składnikami ww. napojów w znaczącej większości (89% składników) nie jest z kawa, ale inne produkty, kwalifikuje się owe napoje jako należące do grupy PKWiU 15.98.12-70.00 „Napoje bezalkoholowe zawierające tłuszcz mlekowy, pozostałe” opodatkowane stawką VAT 8%. Identyczna interpretacja według Odwołującego dotyczy kawy zbożowej. Według Odwołującego analizując jaką stawkę podatku VAT stosować trzeba m.in. przy sprzedaży produktu o nazwie „kawa”, rozstrzygać więc należy biorąc pod uwagę skład ww. produktu. Kawa zbożowa składa się z żyta, cykorii, buraków cukrowych i mleka, stąd kwalifikowana jest jako substytut kawy, ekstrakt, esencja lub koncentrat z kawy lub substytutów kawy (PKWiU - ex.I0.83.12.0) tj. produkt opodatkowany 8% stawką podatku VAT wymieniony w pozycji nr 40 Załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Ponadto podkreślił, że produkt niebędący kawą w rozumieniu przepisów prawa podatkowego, którego sprzedaż, w myśl przepisów rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, objęty jest 8% stawką podatku VAT. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, odrzucenie złożonej przez niego dokonane zostało bezpodstawnie.

W toku rozprawy Konsorcjum Impel podtrzymało zarzuty, żądania i argumentację w przedmiotowej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie skierowane przez Prezesa Izby do łącznego rozpoznania obydwu złożone odwołania i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, jak również opinię z Urzędu Statystycznego z Łodzi z dnia 8 września 2011 r. wraz zapytaniem skierowanym w tym zakresie oraz opinię podatkową firmy Audyt i Doradztwo Pawlik, Modzelewski i Wspólnicy Sp. z o.o., przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego Konsorcjum Perfekt, Zamawiającego i Przystępującego Amar, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek ze złożonych odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że obydwaj wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienia w obydwu sprawach odwoławczych uzyskali przymiot uczestników tych postępowania, tj.:

- 1) wykonawca Amar Sp. z o.o., z siedzibą w Pszowie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2472/11 i KIO 2483/11 po stronie Zamawiającego;
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: Konsorcjum firm w składzie: Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2472/11 po stronie Zamawiającego.

W obydwu sprawach odwoławczych Izba ustaliła, że wykonawcy wnoszący odwołania legitymują się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferty obydwu wykonawców zostały przez Zamawiającego odrzucone. Czynność ta jest kwestionowana przez każdego z tych wykonawców. Jednocześnie też czynność ta, biorąc pod uwagę ceny ofertowe, które były niższe niż cena oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, w sposób bezpośredni pozbawiała możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, przez co wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania przedmiotowych odwołań.

Izba, rozpoznając odwołania w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w postanowieniach SIWZ w pkt XVI „Opis sposobu obliczenia cen/ określił zasady, według których wykonawcy mieli dokonać opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej. Wskazywał tam na konieczność określenia ceny ofertowej brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia także z uwzględnieniem podatku VAT. Wymagał także opracowania przez wykonawców Kosztorysu wykonania zamówienia, który należało sporządzić poprzez wypełnienie załącznika nr 3 do SIWZ, zaś cena podana w ofercie musiała wynikać z tego kosztorysu i nie mogła być pomniejszona o ewentualny upust czy współczynniki zmniejszające (pkt XVI.3 SIWZ). Zamawiający w pkt XVI.4 SIWZ wskazał, że prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą o VAT. Podał też, że nie uznaje za oczywistą omyłkę rachunkową i nie będzie poprawiał błędnie ustalonej stawki podatku VAT, wskazując jednocześnie, że poprawi w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (pkt XVI.4 i XVI.5 SIWZ).

Zamawiający w pkt XVII ustalił jako jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu kryterium cenowe.

W pkt III SIWZ: „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest „Kompleksowa eksploatacja łaźni i pralni górniczych wraz z urządzeniami technicznymi w JSW S.A. KWK „Pniówek”. Jednocześnie też wskazał, że szczegółowy opis i przedmiot zamówienia określa Specyfikacja techniczna stanowiąca Załącznik nr 1 do SIWZ. W Specyfikacji technicznej zaś Zamawiający w sposób szczegółowy dokonał opisu szeregu świadczeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił formularz ofertowy, w którym wymagał w pkt 4 wskazania ceny (brutto) za realizację przedmiotu zamówienia w okresie rocznym w złotych oraz wskazania stawki podatku VAT (%). Jednocześnie też wymagał podania rozbicia ceny ofertowej na kilka szczegółowych świadczeń, tj.:

- ceny za eksploatację łaźni starej i nowej w okresie rocznym;
- ceny za eksploatację wymienników, pompowni zapasowej w okresie rocznym;
- ceny za gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń w okresie rocznym;
- ceny za gotowanie i wydawania mleka, w okresie rocznym;
- ceny za dystrybucję napoju regeneracyjnego w okresie rocznym;
- ceny za eksploatację pralni czarnej i białej i przynależnych urządzeń w okresie rocznym.

Przy każdym z tych wymienionych świadczeń Zamawiający oczekiwał podania ceny brutto oraz wskazania w cenie brutto podatku VAT (%).

W załączniku nr 3 do SIWZ „Kosztorys wykonania zamówienia” Zamawiający oczekiwał w tabelarycznym zestawieniu podania:

- 1) wartości netto w okresie rocznym (zł)
- 2) stawki podatku VAT (%)
- 3) podatku VAT (zł)
- 4) ceny brutto w okresie rocznym (zł) w ramach wyszczególnionych świadczeń:

#### I. Obiekty łaźni i funkcjonalnie z nimi związane

1. eksploatacja łaźni starej i nowej
2. eksploatacja wymienników, pompowni zapasowej

#### II. Przygotowanie napojów

1. gotowanie kawy i herbaty, obsługa saturatorów, eksploatacja przynależnych urządzeń
2. gotowanie i wydawanie mleka
3. dystrybucja napoju regeneracyjnego

#### III. Pralnia

1. eksploatacja pralni czarnej i białej, eksploatacja przynależnych urządzeń.

Wymagał też wskazania ceny łącznej z wartością netto brutto oraz podaniem stawki podatku VAT i jego wartości za świadczenia wymienione w pkt od I do III.

W załączniku nr 13 do SIWZ Zamawiający określił istotne postanowienia umowy, gdzie m.in. w § 3 wymagał wskazania ceny (brutto) za wykonanie zamówienia w okresie rocznym z podaniem wartości tej ceny w złotych oraz podania stawki (%) i wartości (zł) podatku VAT oraz podania ceny netto. W zapisie tym znalazło się także zestawienie tabelaryczne identycznej treści jak w załączniku nr 3 do SIWZ. W § 3 ust. 2 tego załącznika Zamawiający określił, że w cenie brutto zawarte są koszty, które wykonawca poniesie w związku z wykonaniem zakresu zamówienia i że Zamawiający zapłaci za faktycznie wykonany zakres robót. Zamawiający wprowadził też regulacje odnośnie uregulowania należności za wykonanie umowy, gdzie wskazał, że nastąpi to na podstawie częściowych faktur VAT wystawionych na podstawie podpisanego przez strony protokołu (§ 3 ust. 4 i § 4 ust. 1), zaś wysokość miesięcznej faktury będzie równa 1/12 rocznej wartości umowy (§ 4 ust. 2).

Izba ustaliła też, że wykonawca Konsorcjum Perfekt w swojej ofercie w formularzu ofertowym oraz w kosztorysie wykonania zamówienia wskazał określone ceny brutto za poszczególne wymagane przez Zamawiającego świadczenia oraz stawki podatku VAT w poszczególnych pozycjach w wysokości 23%. W załączniku nr 3 wykonawca ten podobnie za wszystkie wskazane tam świadczenia wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 23% oraz podał wyszczególnione tam elementy dotyczące wartości brutto, wartości netto oraz kwoty podatku VAT w złotych.

Wykonawca Konsorcjum Impel w swojej ofercie w formularzu ofertowym oraz w kosztorysie wykonania zamówienia za eksploatację łaźni starej i nowej w okresie rocznym, za eksploatację wymienników, pompowni zapasowej w okresie rocznym oraz za eksploatację pralni czarnej i białej i przynależnych urządzeń w okresie rocznym wskazał stawkę podatku VAT 23%, zaś za gotowanie i wydawania mleka w okresie rocznym wskazał stawkę 8%. Jednocześnie też za gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń w okresie rocznym wykonawca ten wskazał stawki: 23%; 8%.

W ofercie Przystępującego Amar w formularzu ofertowym oraz w kosztorysie wykonania zamówienia wskazano stawki VAT - 23% za:

- eksploatację łaźni starej i nowej w okresie rocznym;
- eksploatację wymienników, pompowni zapasowej w okresie rocznym;
- gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń w okresie rocznym;
- dystrybucję napoju regeneracyjnego w okresie rocznym;
- eksploatację pralni czarnej i białej i przynależnych urządzeń w okresie rocznym.

Tylko za gotowanie i wydawania mleka, w okresie rocznym wskazano tam stawkę 8%.

Zamawiający w informacji o wynikach postępowania wskazał na to, że oferty Konsorcjum Perfekt oraz Konsorcjum Impel zawierają błędy obliczeniu ceny i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadnił w tym zakresie, że w ofercie Konsorcjum Perfekt wskazano błędną stawkę podatku VAT z tytułu świadczenia za gotowanie i wydawanie mleka (wskazano stawkę 23%, a według Zamawiającego powinna być w tym względzie być określona stawka 8%). Co do oferty Konsorcjum Impel Zamawiający uzasadnił, że podano tam błędną stawkę VAT z tytułu świadczenia usług za gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń w okresie rocznym (w ofercie wskazano stawkę 23;8%, a według Zamawiającego powinna w tym względzie być określona stawka 23%)

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że w obydwu ofertach w wycenie wymaganych przez Zamawiającego świadczeń co do usługi:

- za gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń (w przypadku oferty Konsorcjum Perfekt) oraz co do usług
  - za gotowanie i wydawanie mleka w okresie rocznym (w przypadku oferty Konsorcjum Impel)
- doszło do podania nieprawidłowych stawek podatku VAT - jeśli chodzi o formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz stawek podatkowych, kwoty VAT i kwoty netto i brutto, jeśli chodzi o kosztorys wykonania zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ).

W pierwszej kolejności, uprzedzając szczegółowe odniesienie się do zarzutów odwołań, należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp zawierają konkretne regulacje prawne pozwalające na

dokonanie w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności poprzez dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Konieczność dopełnienia powyższego wyniku choćby z jednej z zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp zaś w sposób szczególny odnoszą się do kwestii ceny ofertowej wykonawcy. Wskazują, że cena ofertowa zawsze stanowić ma kryterium oceny ofert - samodzielne, bądź wspólne z innymi kryteriami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Art. 2 pkt 1 ustawy Pzp definiuje nam cenę, odnosząc rozumienie tego pojęcia do ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), a konkretnie jej art. 3 ust. 1 pkt 1. Przepis ten z kolei wskazuje, że przez cenę należy rozumieć wartość za towar lub usługę brutto, w której uwzględnia się także podatek od towarów i usług. Elementem składowym ceny ofertowej jest więc podatek od towarów i usług, za którego prawidłowe ustalenie - zgodnie z przepisami ustawy o VAT oraz aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy - odpowiada przedsiębiorca, tj. wykonawca składający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę wskazaną zasadę udzielania zamówień publicznych, jak również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz szczególne przepisy ustawy Pzp odnoszące się do czynności badania i oceny ofert (m.in. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 3a ustawy Pzp), a także przepisy dotyczące formułowania wymogów SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp), stwierdzić należy, że właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki podatku VAT odnoszącej się do konkretnego świadczenia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego. To podmiot zamawiający, odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu, w świetle regulacji ustawy Pzp, posiada uprawnienie i obowiązek jednocześnie do weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej przez wykonawcę pod kątem opisu sposobu obliczenia ceny sporządzonego przez Zamawiającego w SIWZ i pod kątem definicji ustawowej pojęcia „cena” z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i oceny popełnienia ewentualnego błędu w obliczeniu ceny przez wykonawcę. Kwestia ta, pomimo zasadniczych rozbieżności w tym zakresie w orzecznictwie, aktualnie znalazła swoje rozstrzygnięcie w dwóch uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, których uzasadnienia do czasu wydania wyroku przez Izbę w przedmiotowej sprawie nie zostały jeszcze opublikowane.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu zapytań Sądu Okręgowego w Koninie, czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tę stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i jest podstawą do odrzucenia oferty, udzielił pozytywnej odpowiedzi na to pytanie. Sąd Najwyższy zatem potwierdził, że podmiot zamawiający w świetle dyspozycji art. 89



ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma uprawnienie do weryfikacji ceny ofertowej pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej, tj. zgodnej z przyjętym w sposobie obliczenia ceny ofertowej wzorcem. W sytuacji zaś stwierdzenia, że takowy błąd występuje w ofercie, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty.

Sąd Najwyższy w sentencjach tych uchwał wskazał jednak na dodatkową okoliczność, istotną w tym zakresie, mianowicie na konieczność każdorazowego badania w takim przypadku przez zamawiającego, czy określony błąd w obliczeniu ceny przy wskazaniu niewłaściwej stawki podatku VAT, nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wydaje się zatem, że Sąd Najwyższy, rozpoznając możliwość zastosowania w danym konkretnym przypadku skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przy przyjęciu przez niego niewłaściwej stawki podatku VAT, dokonał niejako automatycznego przejścia na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis wskazuje na konieczność odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wydaje się zatem, że Sąd Najwyższy przyjął, że istotne dla oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny są zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny ofertowej, przyjętego w konkretnej sprawie przez danego zamawiającego (określony sposób obliczenia ceny poprzez wskazanie na konieczność uwzględniania w niej właściwej stawki podatku VAT, a więc odesłania w SIWZ do pewnego wzorca ustawowego, tj. ustawy o VAT). W takim przypadku zamawiający każdorazowo powinien rozważyć, czy określona nieprawidłowość co do stawki podatku VAT w przyjętym w treści oferty, w oparciu o postanowienia SIWZ, sposobie obliczenia ceny, nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis zaś nakazuje Zamawiającemu poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy, która polega na sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Sąd Najwyższy w tym zatem przypadku, poprzez odniesienie podanej w ofercie błędnej stawki podatku VAT do treści SIWZ i przyjętego tam opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej, wskazał na możliwość popełnienia w tym zakresie przez wykonawcę omyłki, której poprawienie - jeśli nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty - powinno być bezwzględnie przez zamawiającego dokonane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taka poprawiona samodzielnie przez zamawiającego omyłka nie wywołuje więc skutku w postaci uznania, że mamy w tym zakresie do czynienia z błędem w obliczeniu ceny i nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Co najwyżej wykonawca może w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia nie zgodzić się na wprowadzenie zmiany w treści jego oferty, co będzie skutkowało odrzuceniem tej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba, podejmując rozstrzygnięcie w przedmiocie obydwu złożonych do Prezesa Izby odwołań, nie mogła pominąć stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego we wskazanym przedmiocie, choć do dnia ogłoszenia wyroku w niniejszej sprawie nie upublicznione zostało jeszcze uzasadnienie do tych uchwał. Izba zatem - niezależnie od ustalenia, czy w ofertach odwołujących się wykonawców podano prawidłowe, czy też nieprawidłowe stawki podatku VAT za

wskazany tam przedmiot zamówienia - musiała dokonać oceny, czy w efekcie stwierdzone przez Izbę błędy w obliczeniu ceny można potraktować w kategorii innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym bowiem zakresie -jak ustalono w toku rozprawy - Zamawiający w trakcie przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, pomimo prowadzenia tych czynności po wydaniu wskazanych uchwał przez Sąd Najwyższy, nie dokonywał oceny stwierdzonych przez siebie błędów w ofertach obydwu odwołujących się wykonawców pod kątem możliwości ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z tych też względów Izba dokonała oceny zarzutów odwołania dwuetapowo.

W pierwszym rzędzie należało ustalić, czy stawki VAT podane przez odwołujących się wykonawców - Konsorcjum Perfekt w zakresie ceny za gotowanie i wydawania mleka, w okresie rocznym (stawka 23%) i Konsorcjum Impel w zakresie ceny za gotowanie kawy i herbaty, obsługę saturatorów, eksploatację przynależnych urządzeń w okresie rocznym (stawka 8,23%) są prawidłowe. Izba, podejmując rozstrzygnięcie w tym zakresie, wzięła pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter postępowania kontradyktoryjnego i uwzględniając w tym zakresie dyspozycję art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje na obowiązek stron postępowania oraz jego uczestników wskazywania dowodów w sprawie dla stwierdzenia określonych faktów, z których wywodzą skutki prawne, a także mając na względzie przepis art. 6 kc, Izba dokonała oceny dowodów przedłożonych w sprawie. Odwołujący, na których spoczywa ciężar wykazania określonych faktów, z których wywodzą oni określone skutki prawne, żadnych wiarygodnych dowodów w sprawie jednak nie przedłożyli.

Odwołujący Konsorcjum Perfekt przedłożył jedynie opinię podatkową sporządzoną przez firmę Audyt i Doradztwo Pawlik, Modzelewski i Wspólnicy Sp. z o.o., która może być traktowana w kategorii dowodów jako dokument prywatny. Przywołana opinia, wskazując na obowiązujące przepisy prawa (ustawa o VAT, rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług - Dz. U. Nr 73, poz. 392 ze zm., Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług, rozporządzenie wykonawcze Rady nr 282/11 z dnia 15 marca 2011 r.) oraz orzecznictwo ETS (sprawy C-497/09 Bog, C-499/09 - CinemaxXEntertainment, C-501/09 - Lochmeyer i C-5-02/09 - FleischereiNier), wskazywała na konieczność zastosowania do sprzedaży mleka podgrzanego, jak i niepodgrzanego, traktowanego jako dostawa towarów, stawki 5% podatku VAT. Jednocześnie Odwołujący Konsorcjum Perfekt w treści odwołania oraz w toku rozprawy przed Izbą wykazywał, że zastosowana przez niego stawka 23% jest właściwą stawką dla świadczenia gotowania i wydawania mleka. Odwołujący podnosił m.in., że wskazane świadczenie w świetle postanowień SIWZ nie stanowi odrębnej usługi tylko jest jedną z wielu części przedmiotu zamówienia i nie będzie stanowiło przedmiotu odrębnego zafakturowania na fakturach wystawianych w toku realizacji zamówienia, zaś przyjęta w niniejszym postępowaniu cena stanowi cenę za realizację całego przedmiotu zamówienia (cena ryczałtowa).

Odwołujący ten podnosił także, że na formularzu ofertowym Zamawiający nie żądał rozbitcia ceny za to świadczenie na cenę netto oraz kwotę podatku VAT i w postępowaniu żądał tylko podania ceny brutto i stawki podatku VAT.

Z drugiej strony Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Amar przedłożyli dowód w sprawie w postaci dokumentu urzędowego, tj. stanowiska Urzędu Statystycznego w Łodzi Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur zawartego w piśmie z dnia 8 września 2011 r., które zostało wydane w związku z konkretnym zapytaniem w tym zakresie skierowanym przez wykonawcę Amar, który powołał się na warunki niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedkładając organowi stosowne dokumenty z tego postępowania (kosztorys wykonania zamówienia - załącznik nr 3 do SIWZ oraz opis przedmiotu zamówienia ze Specyfikacji technicznej w zakresie świadczenia dotyczącego gotowania i wydawania mleka). W stanowisku tym Urząd Statystyczny wskazał na konieczność zakwalifikowania usługi polegającej na gotowaniu i wydawaniu mleka dla załogi kopalni do grupowania PKWiU 56.30.10.0 - „*Usługi przygotowywania i podawania napojów*”.

Uwzględniając powyższe i biorąc pod uwagę zasadę ciężaru dowodowego w postępowaniu Izba doszła do przekonania, że Odwołujący w wystarczający sposób nie udowodnił, że wskazana przez niego w ofercie stawka podatku VAT za gotowanie i wydawanie mleka na poziomie 23% jest prawidłowa. Dowód przedłożony przez Zamawiającego i Przystępującego Amar w sprawie wyraźnie potwierdza, że świadczenie objęte przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na gotowaniu i wydawaniu mleka dla załogi kopalni stanowi usługę. Urząd ten wypowiedział się co do odpowiedniego grupowania tej usługi. Podkreślić należy, że wskazany Urząd jest właściwy do wypowiedzania się w tych sprawach, tj. przyporządkowania określonego rodzaju świadczeń do odpowiedniego grupowania według reguł określonych w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Stanowisko tego Urzędu nie zostało przez Odwołującego Konsorcjum Perfekt podważone. Jednocześnie podkreślić należy, że odpowiednie zakwalifikowanie określonej usługi do odpowiedniego grupowania w PKWiU stanowi także o przyjęciu właściwej stawki podatku VAT do tej usługi, w szczególności jeśli chodzi - jak w przedmiotowej sprawie - o obniżenie podstawowej stawki VAT z 23% na 8% dla usług, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 i w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392 ze zm.), związanych z żywnością. Według PKWiU pod symbolem 56 znajdują się usługi związane z żywnością. Za takie też usługi, mieszczące się w grupowaniu PKWiU 56.30.10.0 została uznana przez Urząd Statystyczny w Łodzi usługa związana z gotowaniem i wydawaniem mleka dla górników. Tego potwierdzonego urzędowym dokumentem ustalenia Izba podważać z urzędu nie może, zaś sam Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie innego wiarygodnego dowodu, w szczególności indywidualnej opinii właściwego organu podatkowego, która mogłaby w tym przypadku stanowić istotny dowód w sprawie.

Co do przywoływanych przez Odwołującego orzeczeń ETS na potwierdzenie okoliczności, że w tym przypadku mamy do czynienia z dostawą towaru (mleka), a nie z usługą żywieniową Izba stwierdziła, że orzeczenia te nie dotyczą konkretnej usługi, która stanowiła przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dotyczyły sprzedaży gotowych posiłków m.in. kielbasy i frytek, a nie usługi gotowania i wydawania mleka). Z tych też względów nie mogą one wprost potwierdzać zasadności stanowiska prezentowanego w tym zakresie przez Odwołującego, w szczególności wobec przedłożenia przez strony przeciwne dowodów, które wprost odnoszą się do niniejszego przedmiotu zamówienia. Podkreślić także należy, że usługa podgrzewania i wydawania mleka dla górników - stosownie do opisu przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnień udzielonych w tym zakresie przez Zamawiającego w toku rozprawy - będzie odbywała się w określony sposób poprzez odpowiednie przygotowanie i wydanie mleka w celach spożywczych dla górników przy zastosowaniu obsługi cateringowej w tym zakresie i stosownych akcesoriów. To, że w pewnym okresie świadczenia tej usługi mleko nie będzie podgrzewane (pora letnia) nie będzie miało - w ocenie Izby - znaczenia dla charakteru świadczonej na rzecz górników usługi żywieniowej.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego Konsorcjum Perfekt, iż w tym postępowaniu usługa podgrzewania i wydawania mleka nie została wyodrębniona z przedmiotu zamówienia i związku z tym w tym zakresie powinna być zastosowana podstawowa stawka podatku VAT (23%), Izba stwierdziła, że powyższa argumentacja nie znajduje uzasadnienia w świetle postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu. Jak wynika z postanowień formularza ofertowego, jak i z kosztorysu wykonania zamówienia Zamawiający wymagał wyszczególnienia z całościowej ceny ofertowej za szereg, często drobiazgowych usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, kilku zasadniczych usług, w tym usługi gotowania i wydawania mleka. Zamawiający oczekiwał wyszczególnienia w tym zakresie na formularzu ofertowym tylko ceny brutto i stawki podatku VAT i tutaj należy zgodzić się z Odwołującym. Nie można jednak zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający w tym postępowaniu nie wymagał w ogóle wyspecyfikowania ceny netto i wartości podatku VAT dla wskazanej usługi, bowiem wymóg ten został określony w kosztorysie wykonania zamówienia. Kosztorys ten, stosownie do regulacji pkt XVI SIWZ, był obligatoryjnym elementem oferty, który miał służyć m.in. zobrazowaniu prawidłowego obliczenia ceny ofertowej wykonawcy. Zgodnie z treścią Istotnych postanowień umowy (§ 3) treść kosztorysu wykonania zamówienia stanowiła także podstawę ustalenia wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy z tytułu wykonania umowy, a tym samym dane w tym kosztorysie zawarte stanowią będą podstawę rozliczenia z wykonawcą na etapie realizacji umowy. Był to zatem istotny element oferty w zakresie ceny ofertowej, którego nie można było pominąć. Niezależnie od pobudek, którymi kierował się Zamawiający konstruując takie zapisy SIWZ (w toku rozprawy wskazywał on m.in. na to, że powyższe usługi podlegają także na podstawie realizowanego u Zamawiającego aktualnie zamówienia odpowiedniemu rozliczeniu z wykonawcą), wykonawca nie kwestionując ich na odpowiednim etapie postępowania (przed otwarciem ofert), konstruując swoją ofertę, powinien był

je przyjąć jako wiążące. Odwołujący w tym zakresie, jak i co do możliwości przyjęcia dla wskazanej usługi określonej stawki podatku VAT, nie składał ani zapytań do SIWZ, ani też nie zaskarżał jej postanowień w trybie środków ochrony prawnej. Tym samym podważanie wskazanych zapisów SIWZ na tym etapie postępowania należy uznać za spóźnione.

Uznając w całości argumentację Odwołującego za niezasadną Izba w konsekwencji nie uwzględniła też wniosku Odwołującego Konsorcjum Perfekt o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Konsorcjum Impel Izba także stwierdziła, że wykonawca ten nie przedłożył żadnych dowodów w sprawie na potwierdzenie swojego stanowiska. Odwołujący w zasadniczej części swojej argumentacji zawartej w odwołaniu skupił się na wykazywaniu okoliczności, iż do usługi gotowania kawy i herbaty będzie miała zastosowanie zarówno stawka 23%, jak i 8%, wywodząc powyższe okoliczności z tego, że w zakres przedmiotu zamówienia włączona jest kawa zbożowa a nie kawa „normalna”. Tej okoliczności nie kwestionował Zamawiający, potwierdzając w toku rozprawy, że w opisie przedmiotu zamówienia faktycznie wskazywał na kawę zbożową. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazywał na nieuzasadniony sposób kalkulacji całościowej usługi polegającej na gotowaniu kawy i herbaty i obsłudze saturatorów i eksploatacji przynależnych urządzeń na poziomie 8% dla kawy i odrębnym ustaleniu stawki 23% dla pozostałych usług. W tym zakresie Izba zgodziła się z Zamawiającym. Podkreślić należy, że w opisie przedmiotu zamówienia, a w szczególności w przyjętym opisie sposobu obliczenia ceny ofertowej w pkt XVI SIWZ oraz w kosztorysie wykonania zamówienia i formularzu ofertowym Zamawiający dokonał wyszczególnienia sześciu rodzajów usług, dla których wymagał odrębnego wskazania stawek podatku VAT, jego wartości oraz ceny netto i ceny brutto. Wyszczególnienie tych usług związane jest z ich charakterem i tożsamością świadczenia, biorąc pod uwagę ilościowy zakres usług objętych tym wyszczególnieniem, dla których (pojedynczych elementów całościowej usługi) nie będą wystawiane odrębne faktury VAT na etapie realizacji zamówienia. Tym samym kwestia kawy zbożowej powinna zostać ujęta jako usługa wchodząca w zakres jednej usługi polegającej na gotowaniu herbaty, obsłudze saturatorów i eksploatacji przynależnych urządzeń, dla której powinna zostać zastosowana jedna stawka podatku VAT - stawka podstawowa. Podkreślenia także wymaga, że dla skutecznego podważenia stanowiska Zamawiającego w tym zakresie należało przedstawić przykładowo indywidualną opinię organu podstawowego właściwego dla wykonawcy. Taka opinia, ani żaden inny dowód w sprawie, nie zostały przedłożone przez Odwołującego.

W drugiej kolejności koniec powyższych rozważań należało - jak wskazano wcześniej - ocenić możliwość poprawienia stwierdzonych w ofertach błędów co do zastosowanych przez obydwo odwołujących się wykonawców stawek VAT w trybie procedury wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis wskazuje na obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy określonych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią z SIWZ przy założeniu, że

zmiana oferty dokonana w wyniku jej poprawienia nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Przepis ten wymienia zatem trzy ważne przesłanki, wskazujące na konieczność zastosowania przez zamawiającego trybu wnikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj.:

- 1) omyłkowe działanie ze strony wykonawcy,
- 2) stwierdzona niezgodność merytoryczna oferty z treścią SIWZ i
- 3) brak istotnej zmiany treści oferty w wyniku jej poprawienia.

Przesłanki te muszą być spełnione łącznie. Brak wypełnienia którejkolwiek z nich nie może skutkować zastosowaniem przywołanej procedury naprawy oferty.

Izba w przedmiotowej sprawie uznała, że tak w przypadku oferty Konsorcjum Perfekt, jak i w przypadku oferty Konsorcjum Impel nie można przypisać zachowaniu (działaniu) wykonawców omyłkowego (niezamierzonego) charakteru. Obydwaj odwołujący się wykonawcy w treści swoich odwołań nie wskazywali na popełnienie omyłki każdy w swojej ofercie. Wręcz przeciwnie, zgodnie twierdzili, że każdy z nich w swojej ofercie zastosował prawidłową stawkę podatku VAT. Tym samym w tych przypadkach możemy mówić o świadomej i wyrażonej w treści oferty woli każdego z wykonawców zaoferowania zamawiającemu ceny ofertowej obliczonej z uwzględnieniem właściwej - według wiedzy i przekonania wykonawców - stawki podatku VAT. Nie możemy natomiast mówić o złożeniu przez tych wykonawców oświadczeń woli o znamionach omyłkowego działania. Tym samym też w obydwu przypadkach procedura wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogła być w tym zakresie zastosowana, wobec niewypełnienia pierwszej przesłanki, o której mowa we wskazanym przepisie.

Nie zmienia tych ustaleń Izby okoliczność, że w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący Konsorcjum Impel na skutek skierowanego do niego zapytania potwierdził, że zgadza się na możliwość poprawienia jego oferty w trybie wskazanego przepisu. Podkreślić należy, że, oświadczenie to zostało złożone w konkretnych okolicznościach sprawy, wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego, wbrew stanowisku tego samego Odwołującego, wyrażonemu w treści odwołania. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest także okoliczność, że w treści odwołania Konsorcjum Impel nie podnosiło także zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w związku z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może prowadzić do orzekania przez Izbę poza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba w przedmiotowej sprawie, w związku ze skierowaniem przez Prezesa Izby dwóch odwołań do łącznego rozpoznania i działając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp postanowiła wydać orzeczenie łączne.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi odwołujących się, tj. stosownie do wyniku obydwu postępowań odwoławczych.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1) 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):

- koszty wpisów uiszczonych w należnej wysokości od złożonych odwołań oraz
- koszty, o których mowa w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia, tj. koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunków.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Amar o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na to, że przywołany przepis rozporządzenia, a także przepisy ustawy Pzp wskazują, iż w sprawie odwoławczej Izba może zasądzić co do zasady jedynie uzasadnione koszty strony, a nie uczestnika postępowania odwoławczego, którym jest Przystępujący Amar. Jedynie w przypadku, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia, kiedy w postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania, a Przystępujący po stronie Zamawiającego składa w tym zakresie sprzeciw, możliwe jest zasądzenie uzasadnionych kosztów związanych z udziałem w posiedzeniu i rozprawie Izby na rzecz Przystępującego. Wskazana sytuacja nie miała jednak miejsca w przedmiotowej sprawie, stąd też wniosek Przystępującego Amar należało oddalić jako niezasadny.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....