

Sygn. akt: KIO/2788/10

**WYROK**  
z dnia 10 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Robert Skrzyszewski  
**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Marek Szafraniec

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Specjalistyczny Nr 1, 41-902 Bytom, ul. Żeromskiego 7**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Specjalistyczny Nr 1, 41-902 Bytom, ul. Żeromskiego 7** i postanawia:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16,**

2) zasądzić kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) od **Zamawiającego - Szpital Specjalistyczny Nr 1, 41-902 Bytom, ul. Żeromskiego 7** na rzecz **Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Sygn. akt: KIO/ 2788 /10**

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

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny nr 1, ul. Żeromskiego 7, 41-902 Bytom wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wywóz odpadów komunalnych, biodegradowalnych, gruzu budowlanego.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczone zostało na portalu UZP: [www.portal.uzp.gov.pl](http://www.portal.uzp.gov.pl) w dniu 10.12.2010 r. nr 404740-2010.

W dniu 21.12.2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego - Spectrum Silesia Service Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na błędy w obliczeniu ceny.

Z przedmiotowym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący się nie zgodził i w dniu 27.12.2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 1 i 3, art. 89 ust.1 pkt.6 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 tejże ustawy.

W związku powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania mu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Wskazywał na posiadanie interesu prawnego w złożeniu odwołania ponieważ w przedmiotowym postępowaniu złożył w zadaniu pierwszym - wywóz odpadów komunalnych najkorzystniejszą ofertę w świetle kryteriów podanych w SIWZ, a jego oferta zawierała w tym zakresie najniższą cenę wśród wszystkich złożonych ofert.

Podniósł, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie zawierała postanowienia o obowiązku podania ceny oferty wyliczonej zgodnie ze stawką podatku obowiązującą na dzień składania ofert.

Zauważył, że w rozdziale IV pkt. VII. 5.3 Zamawiający zażądał podania jedynie „ceny ofertowej brutto oraz wysokości podatku VAT, wartości netto”.

Wskazał również, że w ofercie podana została prawidłowa stawka podatku VAT, bowiem przyjęta stawka podatku VAT w wysokości 8% jest stawką właściwą dla okresu realizacji zamówienia, która odbywać się będzie od 01.01.2011r. do 31.12.2011 r. Zmiana stawki podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. na usługi stanowiące przedmiot zamówienia opublikowana została w Dzienniku Ustaw Nr 238 z dnia 17 grudnia 2010 r. pod poz. 1578. Tak więc na dzień składania ofert tj. 20.12.2010 r. z całą pewnością wiadomym było jaka stawka podatku VAT obowiązywać będzie od początku realizacji zamówienia.

Dodatkowo podniósł, że nawet w przypadku przyjęcia błędnej stawki podatku VAT, w sytuacji braku w SIWZ dyspozycji co do obliczenia ceny Zamawiający nie miał prawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt.6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Pismem z dnia 29.12.2010r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed KIO, według norm prawem przepisanych.

Pismem z dnia 23 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia przedmiotowego odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest rozstrzygnięcie zagadnienia, czy stawka podatku od towarów i usług ustalona przez Odwołującego w ofercie stanowi błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji, czy powinna stanowić podstawę do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 91 ust. 1 i 2

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Zgodnie z art.3 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050) użyte w ustawie określenia oznaczają cenę jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Natomiast w myśl przepisu art. 89 ust.1 pkt 6 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Pod pojęciem ceny, o której mowa w powyższym przepisie, należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 2 pkt 1 cyt. ustawy Pzp odsyłającego do definicji ceny określonej w powołanym wyżej przepisie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach.

Wyżej opisana cena zawiera w sobie również podatek od towarów i usług, a zatem Izba dokonała oceny również i tego składnika cenotwórczego w aspekcie możliwości wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.

Według postanowień rozdziału VII pkt 2 SIWZ cenę oferty należało wyliczyć według kalkulacji – załącznik nr 1 – nr 3 do SIWZ, a cenę oferty należało podać w załączniku nr 4 do SIWZ – Formularzu Ofertowym (pkt 3 tegoż rozdziału SIWZ). Powołane wyżej załączniki w swojej treści nie zawierały wskazania wysokości stawki VAT.

Odwołujący w swojej ofercie złożył żądany Formularz Ofertowy, jednak podał w nim 8% stawkę VAT, zamiast tej 7%, którą Zamawiający dopiero na etapie oceny ofert uważał za prawidłową.

W dacie składania ofert dla przedmiotu zamówienia właściwą była 7% stawka podatku VAT, natomiast w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. stawka podatku, tj. w okresie realizacji umowy (wyraźnie określonym w postanowieniach SIWZ), o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11.03.2004r.o podatku od towarów i usług wynosi 8% (art. 146a pkt 2 powołanej ustawy). Zmiany wskazanych przepisów zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw

w dniu 17 grudnia 2010 r., tj. przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Izba uznała, że 8% stawki podatku VAT ustalone w ofercie przez Odwołującego odpowiadają obowiązującym przepisom prawa, biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu odnoszące się do terminu realizacji zamówienia.

Zgodnie z art.191 ust.1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W odniesieniu do usług realizowanych od dnia 1 stycznia 2011 r. w chwili składania ofert wiadomym było, że obowiązuje treść art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11.03.2004r.o podatku od towarów i usług, zatem Izba oparła swoje rozstrzygnięcie na obowiązującym stanie prawnym odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia i terminu jego realizacji w oparciu o postanowienie SIWZ, uznając, iż prawidłowe ustalenie stawki VAT może być dokonane jedynie na podstawie obowiązującej stawki podatku.

Jednocześnie odnosząc się do wskazania Zamawiającego o umieszczeniu załącznika nr 8 do SIWZ (projekt umowy) przewidującego w § 5 pkt 3 dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako klauzulę gwarantującą zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Izba doszła do przekonania, iż postanowienia te nie mają żadnego wpływu na ocenę poprawności zastosowanej stawki VAT. Wskazane postanowienia projektu umowy odnoszą się do możliwości zmiany umowy w trakcie jej obowiązywania, a więc po jej zawarciu, w sytuacji gdy w tym czasie stawki podatku VAT ulegną zmianie. Zapis ten tym samym nie może mieć zastosowania co do samego zawarcia umowy, a także oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy powinno bowiem nastąpić w oparciu o treść złożonej oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....