

Sygn. akt: KIO 709/12

**WYROK**  
**z dnia 25 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Członkowie;** Andrzej Niwicki

Anna Packo

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Łódzka 108, **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL” S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Targowa 16/18, **Maria Potzl prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mosaicon**, 90-107 Łódź, ul. Traugutta 10/8 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Poddębice**, 99-200 Poddębice, ul. Łódzka 17/21

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Łódzka 108, **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL” S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Targowa 16/18, **Maria Potzl prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mosaicon**, 90-107 Łódź, ul. Traugutta 10/8 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Łódzka 108, **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL” S.A.**, 99-200 Poddębice, ul. Targowa 16/18, **Maria Potzl prowadząca**

działalność gospodarczą pod firmą Mosaicon, 90-107 Łódź, ul. Traugutta 10/8  
tytułem 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7  
dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Sieradzu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 709/12**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Poddębice na wykonanie zadania p.n. *KRAINA BEZ BARIER – DOSTĘPNE MIASTO – rewitalizacja centrum Poddębic*, wobec czynności oceny ofert w tym odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A., wykonawca ten wniósł w dniu 11 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 709/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 kwietnia 2012 r.

O czynności odrzucenia oferty, wnoszący odwołanie został powiadomiony pismem przesłanym przez zamawiającego faksem w dniu 06.04.2012r., zawierającym uzasadnienie faktyczne i prawne stanowiska zamawiającego, w którym stwierdził, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.01.2012 r., poz. 18631. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień nieprzekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego doprowadziło uznanie przez zamawiającego za błąd w obliczeniu ceny zastosowanie jednolitej stawki VAT 23 % do całości prac objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący wniósł o przywrócenie jego oferty do ponownej oceny.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż w jego ocenie prace pomocnicze objęte przedmiotową inwestycją i dotyczące renowacji elementów budynków mieszkalnych zlokalizowanych przy placu Kościuszki (poz. 9) oraz zagospodarowania zieleni (poz. 10) powinny być opodatkowane stawką podstawową zgodną z głównym zakresem przedmiotu umowy, a nie jak wskazał zamawiający stawką VAT 8%.

Zamawiający w piśmie złożonym do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi brak wykazania merytorycznej zasadności jego wniesienia. W ocenie zamawiającego w odwołaniu nie został wskazany zarzut stawiany zamawiającemu, jak również nie zostały podane okoliczności prawne uzasadniające odwołanie. Zamawiający zakwestionował również posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, w sytuacji kiedy jego oferta pod względem cenowym była trzecią w kolejności ofert

najtańszych. Zamawiający odrzucił ofertę najtańszą z tych samych przyczyn, dla których odrzucił ofertę odwołującego i wybrał ofertę drugą w kolejności. Zdaniem zamawiającego, interes w uzyskaniu zamówienia miałby wykonawca, który złożył ofertę najtańszą.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Na posiedzeniu Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności aby odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, iż termin pięciodniowy na wniesienie odwołania rozpoczął bieg od dnia, w którym zamawiający przekazał odwołującemu informację o czynności odrzucenia jego oferty, co miało miejsce w dniu 6.04.2012 r. Przesłana w dniu 5.04.2012 r. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, wprawdzie wskazywała na czynność odrzucenia ofert wykonawców, w tym odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak nie zawierała uzasadnienia faktycznego, a uzasadnienie prawne ograniczało się jedynie do przywołania przepisu ustawy, stanowiącego podstawę odrzucenia oferty. W ocenie składu orzekającego, przesłanie informacji o czynności, z którym ustawodawca wiąże skutek w postaci rozpoczęcia biegu terminu na wniesienia odwołania, należy odnosić do zawiadomienia, które zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ustawą, zawiadomienie ma zawierać pełną informację o podstawach podjętych przez zamawiającego czynności, tak aby zapewnić przejrzystość postępowania, ale również umożliwić skuteczne podjęcie obrony przed ewentualnymi negatywnymi dla wykonawcy skutkami decyzji zamawiającego. Izba uznała, iż przekazanie informacji o odrzuceniu oferty, w której wskazano jedynie na przepis ustawy z przywołaniem jego brzmienia „Oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny”, nie stanowiło zawiadomienia, od którego rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania. Skoro zamawiający zdecydował się na przekazanie wykonawcom odrębnie informacji o podstawach odrzucenia ich ofert, zawiadomienia te, jako wypełniające normę ustawową

wskazaną w art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były istotne dla ustalenia terminu do wniesienia odwołania.

Podnoszone w dalszej kolejności przez zamawiającego okoliczności dotyczące braku wskazania w odwołaniu zarzutu oraz braku interesu w uzyskaniu zamówienia, w ocenie Izby również nie zasługiwały na uznanie, jako podstawa odrzucenia odwołania. Wprawdzie odwołanie nie jest obszerne, jednak nie budziło wątpliwości ustalenie, wobec jakiej czynności zostało wniesione, jak również, w jaki sposób czynność ta naruszała przepisy ustawy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, okoliczności dotyczące ustalenia naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, stanowią materialno prawną przesłankę braną po uwagę przez Izbę z urzędu na rozprawie, a ewentualny brak interesu po stronie odwołującego mógłby prowadzić do oddalenia, a nie odrzucenia odwołania. Izba uznała, iż interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia przejawia się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do oceny w postępowaniu, co przy ustaleniu, iż zamawiający odrzucił oferty sześciu wykonawców spośród siedmiu złożonych, jak również przy uwzględnieniu charakteru naruszenia, którego skutki dotyczyłyby wszystkich poddanych ponownej ocenie ofert, mogło doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji Izba dokonała oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego naruszenia doprowadziło uznanie przez zamawiającego, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A, Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „EKOMEL” S.A., Maria Potz (Mosaicon) Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia obejmuje szereg prac opisanych przez zamawiającego, jako zadania od 1 do 12, obejmujące wykonanie:

1. Zadanie nr 1 – prace konserwatorskie i remontowe zboru ewangelicko – augsburskiego,
2. Zadanie nr 2 – wyposażenie zboru ewangelicko – augsburskiego,
3. Zadanie nr 3 – prace konserwatorskie i remontowe – brama zboru ewangelicko – augsburskiego,
4. Zadanie nr 4 – rozbiórka toalety publicznej,
5. Zadanie nr 5 – rozbiórka budynku poczekalni autobusowej,
6. Zadanie nr 6 – toaleta zewnętrzna dla niepełnosprawnych
7. Zadanie nr 7 – przebudowa – prace modernizacyjno – budowlane – plac z fontanną,
8. Zadanie nr 8 – zagospodarowanie terenu – mała architektura,

9. Zadanie nr 9 – renowacja elewacji trzech budynków mieszkalnych zlokalizowanych przy Placu Kościuszki,
10. Zadanie nr 10 – prace w zakresie zagospodarowania zieleni,
11. Zadanie nr 11 – instalacja systemu monitoringu,
12. Zadanie nr 12 – przebudowa infrastruktury drogowej – prace modernizacyjne.

Dla każdego z zadań wykonawcy mieli wskazać w formularzu oferty wartości netto, podatek VAT oraz wartość brutto. Następnie zsumowane wartości należało wskazać w formularzu, jako cenę oferty.

W ofercie odwołujący podał dla każdego z zadań wartość brutto obliczoną przy uwzględnieniu stawki podatku VAT 23%.

W zawiadomieniu z dnia 05.04.2012 r. o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał na podstawę do zastosowania stawki podatkowej 8% dla zadań oznaczonych numerami 9 i 10, wynikającą odpowiednio z art. 41 ust. 12 i załącznika nr 3, poz. 176 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Z przepisów tych wynika, iż dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8% z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Ust. 12 stanowi, iż stawkę podatku, o której mowa w ust. 2 (8%), stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. W załączniku nr 3 do ustawy w poz. 176 wymienione zostały usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (81.30.10.0). Odwołujący, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie nie kwestionował, iż prace renowacyjne objęte zadaniem nr 9 prowadzone miały być na budynkach objętych społecznym programem mieszkaniowym, co Izba uznała za okoliczność bezsporną nie wymagającą dowodzenia. Nie było również wątpliwości, iż zakres prac objętych zadaniem nr 10 stanowił usługę związaną z zagospodarowaniem terenów zieleni. Odwołujący konieczność przyjęcia jednolitej stawki podatku VAT – 23% do całości prac objętych przedmiotem zamówienia, uzasadniał pomocniczym charakterem prac wskazanych w zadaniach nr 9 i 10. Odwołujący powoływał się na interpretacje indywidualne dyrektorów Izb Skarbowych w Warszawie oraz Poznaniu, w których wskazywano na zasadność łączenia dla celów podatkowych robót pomocniczych z robotami podstawowymi i przyjęcia jednolitej stawki podatkowej właściwej dla robót podstawowych.

Izba na wstępie stwierdziła, iż powoływane interpretacje indywidualne, jako dotyczące odmiennego stanu faktycznego nie mogły być uznane za wiążące dla przedmiotowego zamówienia. Ponieważ odwołujący nie wykazał żadnymi środkami dowodowymi zasadności twierdzenia o pomocniczym charakterze prac objętych zadaniami nr 9 i 10, Izba dokonała oceny stanowiska odwołującego wyłącznie w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia nie pozwala w ocenie Izby na

stwierdzenie, że prace objęte zadaniami 9 i 10 stanowią prace o charakterze pomocniczym w stosunku do prac podstawowych. Argumentacja odwołującego zmierzała do wykazania, iż świadczenie objęte zamówieniem ma charakter złożony, co uzasadniałoby przyjęcie jednolitej stawki podatkowej dla całości prac. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dopuszcza się traktowanie dla celów podatkowych świadczenia złożonego jako jednego świadczenia, między innymi w sytuacji kiedy jeden z jego elementów stanowi świadczenie główne, a pozostały lub pozostałe mają wobec niego charakter pomocniczy. Przesądającym o pomocniczym charakterze świadczenia jest stwierdzenie, że nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz jest środkiem służącym jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego (wyrok ETS w sprawie Card Plan Protection C-349/96). Dla stwierdzenia, czy przedmiotowe zamówienie może być traktowane, jako świadczenie złożone, w którym część elementów ma charakter pomocniczy, konieczne było odniesienie się do oczekiwań zamawiającego. Izba stwierdziła, mając na uwadze zakres prac objętych poszczególnymi zadaniami, iż nie jest możliwe wskazanie, któregoś z zadań jako głównego, dla którego realizacji konieczne jest wykonanie pozostałych zadań. W ocenie Izby, prace objęte poszczególnymi zadaniami zmierzają do osiągnięcia różnych celów, które w całości stanowiąc będą o osiągnięciu zamierzonego efektu końcowego, jakim jest rewitalizacja centrum Poddębic. Nie można w sposób zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego stwierdzić istnienia tak ścisłego związku prac z zakresu zagospodarowania zieleni z na przykład wykonaniem prac konserwatorskich i remontu zboru ewangelicko – augsburskiego (zadanie nr 1), czy też modernizacją dróg (zadanie 12), że ich wykonanie jest konieczne dla pełnego osiągnięcia celu tych prac. Również sam udział wartościowy poszczególnych zadań w całości zamówienia, nie przesądza o istnieniu zależności pomiędzy nimi. Chociaż zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, poszczególne zadania faktycznie stanowią odrębne niezależne od siebie roboty i usługi, których zakończenia zamawiający oczekuje na dzień 30.06.2013 r. Przewidziany przez zamawiającego sposób wykonania prac, w tym ich rozliczenie z wykonawcą na podstawie odrębnych faktur wskazuje na potrzebę traktowania zadań, jako samodzielnych części przedmiotu zamówienia, co również znalazło wyraz w formularzu oferty – w części wyliczenia ceny. Zamawiający w sposób jednakowy badał oferty i odrzucił te, w których stwierdził błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z wytyczną zawartą w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r., sygn. III CZP 52/11, zamawiający zobowiązany jest dokonać prawidłowej oceny merytorycznej ofert i porównania ofert obliczonych z zachowaniem tych samych reguł, zapewniający ich porównywalność. Ponieważ zamawiający nie wskazał w siwz wiążącej w postępowaniu wykonawców stawki podatku VAT, nie było możliwe dokonanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym oferta odwołującego podlegała zasadnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem, odwołanie podlegało w całości oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego. Ponieważ zamawiający nie złożył rachunku obejmujące koszty zastępstwa procesowego, nie było podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o obciążenie tymi kosztami odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....