

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Andrzej Wołoszyn, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany „AWO” Andrzej Wołoszyn (lider), 2. Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „NOWAK” Jarosław Nowak, 3. Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa, 4. „DENDROL” Zakład Zadrzewiania Chirurgii i Pielęgnacji Drzew z siedzibą dla lidera: ul. Mickiewicza 15, 57-500 Bystrzyca Kłodzka** odwołania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Bystrzyca Kłodzka, ul. Henryka Sienkiewicza 6, 57-500 Bystrzyca Kłodzka**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Andrzej Wołoszyn, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany „AWO” Andrzej Wołoszyn (lider), 2. Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „NOWAK” Jarosław Nowak, 3. Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa, 4. „DENDROL” Zakład Zadrzewiania Chirurgii i Pielęgnacji Drzew z siedzibą dla lidera: ul. Mickiewicza 15, 57-500 Bystrzyca Kłodzka**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Andrzej Wołoszyn, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany „AWO” Andrzej Wołoszyn (lider), 2. Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „NOWAK” Jarosław Nowak, 3. Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa, 4. „DENDROL” Zakład Zadrzewiania Chirurgii i Pielęgnacji Drzew z siedzibą dla lidera: ul. Mickiewicza 15, 57-500 Bystrzyca Kłodzka** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Andrzej Wołoszyn, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany „AWO” Andrzej Wołoszyn (lider), 2. Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa „NOWAK” Jarosław Nowak, 3. Spółdzielnia Rzemieśnicza Wielobranżowa, 4. „DENDROL” Zakład Zadrzewiania Chirurgii i Pielęgnacji Drzew z siedzibą dla lidera: ul. Mickiewicza 15, 57-500 Bystrzyca Kłodzka** na rzecz **Gminy Bystrzyca Kłodzka, ul. Henryka Sienkiewicza 6, 57-500 Bystrzyca Kłodzka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 13.08.2010 r. o sygn. akt: KIO 1593/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie roboty budowlanej pn. „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju” wykonawca - konsorcjum w składzie: Zakład Budowlany „AWO” Andrzej WOŁOSZYN, Firma Usługowa „NOWAK” Jarosław NOWAK, Spółdzielnia Rzemieślnicza Wielobranżowa oraz „DENDROL ” Zakład Zadrzewiania Chirurgii i Pielęgnacji Drzew (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia przez zamawiającego - Gminę Bystrzyca Kłodzka złożonej przez odwołującego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 2 pkt. 7a, art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”) oraz wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. zasądzenie kosztów postępowania stosownie do treści art. 191 ust. 9 ustawy Pzp wraz z uwzględnieniem kosztów pełnomocnika.

Odwołujący wyjaśnił, że 02.06.2010 r. złożył odwołanie na bezprawne odrzucenie jego oferty oraz unieważnienie postępowania, które w dniu 28.06.2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego (sygn. akt: KIO 1104/10).

Wskazał, że w wyniku powtórzenia nakazanej czynności oceny ofert zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania, podając w uzasadnieniu, że decyzję taką podjął zgodnie z treścią otrzymanej przez zamawiającego Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu, ponieważ oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT, tj. dla rozdziału opłaty za umieszczanie odpadów na wysypisku śmieci oraz dla rozdziału kształtowanie terenów zielonych odwołujący zastosował stawkę VAT 22% zamiast 7%.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zamawiający zobowiązany był przytoczyć w pełnym brzmieniu Interpretację Indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu, a nie jej fragment, gdyż może to prowadzić do nadinterpretacji wystąpienia Dyrektora Izby, co w ocenie odwołującego ma tym większe znaczenie, że w uzasadnieniu Dyrektor powołał się na „Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług” (PKWiU), odnosząc do niej obowiązujące stawki

VAT na poszczególne zadania, zaś zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie tylko nie posługiwał się powyższą klasyfikacją, lecz określił rodzaj zamówienia jako roboty budowlane.

Wskazał też, że problematyka ta była przedmiotem badania zamawiającego na etapie oceny złożonych ofert - wyjaśnienia odwołującego zostały przyjęte przez zamawiającego bez zastrzeżeń. Odwołujący wyjaśnił, że już w odpowiedzi z dnia 22.03.2010 r. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących zastosowanej 22% stawki VAT „dla zakresu zestawienia robót w części dotyczącej odpadów z rozbiórki nawierzchni mineralno - bitumicznej” podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 17.03.2010 r., w którym odwołujący podkreślił, że brak jest podstaw prawnych do badania cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach załączonych do oferty kosztorysów, gdyż zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: „(...) 13. Opis sposobu obliczenia ceny. 13.1. Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie, z dokładnością do grosza, tj. do dwóch miejsc po przecinku”, a także, że wynagrodzenie ryczałtowe jest stałe i niezmienne, nawet w sytuacji, gdy w trakcie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Dodał także, iż to do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106 ustawy o podatku od towarów i usług), w konsekwencji czego na wykonawcy ciąży również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie, a organem uprawnionym do kontroli decyzji podatnika w tym zakresie jest, zgodnie z art. 281 § 1 ustawy ordynacja podatkowa, organ podatkowy pierwszej instancji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniem art. 29 ustawy Pzp to na zamawiającym spoczywa obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i określeń, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i podał, że w załączniku nr 1 do SIWZ, będącym opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający zawarł jedynie wymagania w zakresie procesu realizacji przedmiotu zamówienia, nie wskazał natomiast kodu Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), która jest wyznacznikiem zastosowania stawki podatku VAT. Dodał, że w pkt. 12 SIWZ (strona 6) w tytule „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający dokonał zapisu (...) według kalkulacji oferenta (...), zaś w formularzu oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) zamawiający wymagał jedynie podania kwoty netto, podatku VAT w % oraz wartości brutto.

W ocenie odwołującego oznacza to, że wykonawca winien podać cenę łączną za całkowitą realizację przedmiotu zamówienia, zatem cenę ryczałtową. Zamawiający w treści SIWZ nie żądał przedłożenia kalkulacji szczegółowej.

Podniósł także, że jest to stanowisko zasadne tym bardziej, że zamawiający nie wskazał w SIWZ, która stawka, w jego ocenie, jest właściwa.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że nie ma podstaw do weryfikacji przez zamawiającego wskazanych w ofertach stawek VAT, a zatem zamawiający zobowiązany jest przyjąć oferty bez względu na wysokość zastosowanych do obliczenia ceny stawek, gdyż cena ryczałtowa jest właściwa bez względu na sposób jej kalkulacji.

Odwołujący zwrócił także uwagę na niekonsekwencję zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty firmy „EKOLAS” Przedsiębiorstwo Usługowe, w której wykonawca zastosował dokładnie odwrotną stawkę VAT niż w odwołujący, co - zdaniem odwołującego - mogłoby doprowadzić do daleko idącego wniosku, że żadna stawka podatku VAT nie jest właściwa w tym postępowaniu.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z dokumentacji postępowania załączonej przez zamawiającego do akt sprawy w potwierdzonej przez niego kopii, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, pisma zamawiającego z dnia 15.03.2010 r. wzywającego odwołującego do złożenia wyjaśnień na okoliczność zastosowania w ofercie stawki podatku VAT na zakres robót dotyczących kształtowania terenów zielonych w wysokości 22%, odpowiedzi odwołującego na to wezwanie z dnia 17.03.2010 r., pisma zamawiającego z dnia 18.03.2010 r. wzywającego odwołującego do wyjaśnień na okoliczność zastosowania w ofercie stawki podatku VAT na zakres zamówienia dotyczący opłat za umieszczanie odpadów na wysypisku odpadów w wysokości 22%, odpowiedzi odwołującego na to wezwanie z dnia 22.03.2010 r., pisma zamawiającego z dnia 23.07.2010 r. - zawiadomienie o odrzuceniu oferty oraz z dnia 23.07.2010 r. - zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, odwołania z dnia 27.07.2010 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 09.08.2010 r. wraz z załącznikami w tym Interpretacji Indywidualnej (ILPP2/443-500/10-7/EN) wydanej w dniu 01.07.2010 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że w złożonej ofercie zastosował w przypadku robót budowlanych: opłaty za umieszczenie odpadów na wysypisku oraz w przypadku kształtowania terenów zielonych stawkę podatku VAT w wysokości 22% nie potwierdził się.

Zgodnie z Częścią I (Instrukcja dla wykonawców) pkt 13 (Opis sposobu obliczenia ceny) SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do określenia ceny brutto, którą jak wskazał zamawiający stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia. Wykonawcy zostali zobowiązani do obliczenia ceny oferty na podstawie Projektów budowlanych, STWiOR, wizji w terenie i przedmiarów robót załączonych do SIWZ, a następnie do dodania do tak wyliczonej ceny wartości podatku VAT.

Niewątpliwie zatem wskazany w SIWZ sposób obliczenia ceny przewidywał obowiązek - wobec obowiązku doliczenia wartości podatku VAT oraz wobec faktu, że na przedmiot zamówienia składa się sześć różnych zakresów robót - uprzedniego ustalenia stawki tego podatku dla wszystkich tych zakresów, co potwierdza budowa opracowanego przez zamawiającego formularza ofertowego, o czym mowa w dalszej części wyroku.

Bezsporny między stronami był fakt, że w złożonej ofercie odwołujący zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 22% na wszystkie sześć zakresów robót, składających się na przedmiot zamówienia.

Bezsporne był także fakt, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w wyniku uznania, że w przypadku dwóch zakresów (Roboty budowlane - opłaty za umieszczenie odpadów na wysypisku odpadów oraz kształtowanie terenów zielonych) właściwą jest stawka w wysokości 7%.

Bezpodstawność działania zamawiającego odwołujący wiąże po pierwsze z brakiem po stronie zamawiającego prawa do weryfikacji wskazanych w ofertach stawek VAT ze względu na przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego, po drugie z faktem, iż umowa zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania będzie zawarta na wykonanie zadania pn. „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju”, a zamawiający wskazany przedmiot zamówienia opisał jako jedno kompleksowe zadanie (robota budowlana), co w ocenie odwołującego przesądza o tym, że brak jest podstaw do zastosowania różnych stawek podatkowych dla tej jednej, kompleksowej usługi.

Stanowisko takie odwołujący prezentował zarówno w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 17.03.2010 r. oraz 22.03.2010 r., jak i w odwołaniu.

Odwołujący na rozprawie nie zanegował prawdziwości żadnej z informacji, jakie stały się podstawą wydania Interpretacji Indywidualnej z dnia 01.07.2010 r., nie zanegował także samej Interpretacji, a jedynie twierdził, że zadane przez zamawiającego pytanie było niewłaściwe, ponieważ zamawiający powinien był ograniczyć się do zadania pytania, jaka

jest prawidłowa stawka podatku VAT dla roboty budowlanej „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju”.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii uprawnienia zamawiającego (a tym samym w konsekwencji Krajowej Izby Odwoławczej, orzekającej o zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego) do badania prawidłowości zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki podatku VAT skład orzekający Izby stoi na stanowisku, wyrażonym w szczególności w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 178/09, zgodnie z którym: „skład orzekający Izby stwierdza, iż nie jest organem formalnie właściwym do podejmowania wiążących rozstrzygnięć w przedmiocie zastosowania właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej jednak skład orzekający Izby wyraża pogląd, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy - jest cena brutto, istotnym jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Tak więc istotne jest również, jaką stawkę podatku VAT wykonawca ujął w cenie ofertowej (cenie brutto). Podatek VAT - stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach - wchodzi bowiem w zakres tej ceny. Ustawodawca w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych założył również, że oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny - stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - powinna być bezwzględnie odrzucona. Tym samym w ocenie składu orzekającego, Izba ma prawo i obowiązek, przy rozstrzyganiu zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy podejmować rozstrzygnięcia w przedmiocie właściwego obliczenia ceny przez wykonawców, również w zakresie zastosowania stawki VAT, jeśli wymóg wskazania takiej stawki wynikał z zapisów SIWZ”.

Ponadto „obliczyć - obliczać” w języku polskim oznacza „licząc, ustalić wielkość lub wartość czegoś”, „uwzględnić coś w swoich planach”, „zaplanować coś, zwykle jakiś termin lub ilość czegoś”, co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, iż pod pojęciem obliczeń nie należy rozumieć wyłącznie operacji wykonywanych na liczbach, ale także ustalenie wielkości - w tym przypadku wysokości stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty (ceny brutto).

Zwraca także uwagę obowiązek zamawiającego, przewidziany w przepisie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, polegający na doliczeniu podatku od towarów i usług do ceny przedstawionej w ofercie, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego (wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów), które to doliczenie, podobnie jak obliczenie ceny

ofertowej przez „wykonawców polskich” - musi być poprzedzone ustaleniem właściwej stawki podatku VAT. Nie można w takiej sytuacji odmówić żadnemu z wykonawców prawa do złożenia odwołania wobec czynności zamawiającego, polegającej na doliczeniu kwoty podatku, wynikającej z niewłaściwej stawki (np. preferencyjnej 7% w sytuacji, gdy wszyscy inni wykonawcy zastosowali stawkę podstawową w wysokości 22%). Czynność ta - pozostawiona „do uznania zamawiającego” - podobnie miałyby to mieć miejsce w przypadku obliczania ceny przez samego wykonawcę, ustalającego uprzednio wysokość stawki podatku zachwiałyby porównywalność złożonych ofert w zakresie ceny, a tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podnieść także należy, że przyjęcie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego pozostaje bez wpływu na obowiązek zamawiającego badania ceny ryczałtowej pod kątem zastosowanej stawki podatku VAT, ponieważ, o czym była już mowa powyżej, cena ryczałtowa, będąc ceną brutto wymaga weryfikacji pod tym właśnie kątem.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 nie zawiera żadnych wyjątków w szczególności nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania, czy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdy oferta zawiera cenę - wynagrodzenia ryczałtowe.

Odnosząc się do kwestii opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia jako jednego, kompleksowego zadania, to stwierdzić należy, że sam fakt, iż zamawiający nadał zamówieniu „tytuł” - „skrótowe określenie” - „nazwę” jako „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju” nie przesądza jeszcze o tym w jakiej „relacji” pozostają poszczególne zakresy robót składające się na to kompleksowe zadanie, co ma kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, a co każdy wykonawca winien ostatecznie ustalić na podstawie wszystkich postanowień SIWZ.

Uwzględniając choćby budowę opracowanego przez zamawiającego formularza ofertowego (załącznik nr 1 do Części I SIWZ) stwierdzić należy, że na zadanie pn. „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju” składa się sześć zakresów robót, dla których zamawiający żądał odrębnego wskazania stawki oraz kwoty podatku VAT, niezależnie od żądania wskazania ceny netto i ceny brutto każdego z zakresów.

Nadto, co podnosił zamawiający na rozprawie, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w szczególności za pomocą sześciu odrębnych przedmiarów robót, zaś we wzorze umowy przewidział w § 3 ust. 2 wynagrodzenie za poszczególne elementy robót.

Budowa formularza ofertowego, tj. z jednej strony fakt, że zamawiający żądał podania stawki i kwoty podatku VAT dla każdego z sześciu zakresów robót, z drugiej zaś fakt, że zamawiający nie zażądał wskazania w przypadku całkowitej ceny ofertowej stawki, a jedynie

kwoty podatku VAT pośrednio wskazują na celowe działanie zamawiającego, wynikające z faktu, iż nie wszystkie zakresy robót są objęte taką samą stawką podatku VAT.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że zamawiający nie wskazał w SIWZ kodów z PKWiU, „która jest wyznacznikiem zastosowania stawki podatku VAT” (str. 4 odwołania) stwierdzić należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego jedynie obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (art. 30 ust. 7 ustawy Pzp), co zamawiający uczynił (Część I pkt 3.4. SIWZ), nie nakłada natomiast na zamawiającego obowiązku wskazania kodów PKWiU.

Wobec braku po stronie zamawiającego obowiązku wskazywania kodów PKWiU, która, jak wskazywał sam odwołujący, jest „wyznacznikiem zastosowania stawki podatku VAT” skład orzekający Izby za nietrafny uznał argument odwołującego, iż to zamawiający winien wcześniej wystąpić o uzyskanie Indywidualnej Interpretacji i podać wykonawcom stawkę VAT, tym bardziej, że - na co także wskazywał odwołujący w odwołaniu - to „do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty budowlanej do danej stawki VAT” (str. 4 odwołania).

W żadnej mierze nie zmienia to jednak obowiązku zamawiającego, polegającego na weryfikacji prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, które to ustalenie przesądza o poprawnym, bezbłędnym obliczeniu ceny ofertowej (ceny brutto zawierającej podatek VAT), wynikającym z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący nie podnosił natomiast, że w PKWiU znajduje się symbol dla usługi „Rewitalizacja Parku Zdrojowego”, nie podnosił też, że symbole klasyfikacji statystycznej, jakie zostały podane przez zamawiającego (po uzyskaniu odpowiedzi z Urzędu Statystycznego w Łodzi) dla usług wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia nie są prawidłowe.

Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się wreszcie do Interpretacji Indywidualnej z dnia 01.07.2010 r., na której podstawie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, nie zanegował też, że jakiegokolwiek dane, jakakolwiek informacja, będące podstawą jej wydania są nieprawidłowe lub nieprawdziwe, a sama Interpretacja obarczona błędem jakiegokolwiek natury.

Uznać zatem należy, że odwołujący jako prawidłowe przyjął stanowisko, że w przedmiotowej sprawie występuje kilka równorzędnych czynności tj. roboty budowlane, roboty w zakresie instalacji sanitarnych, roboty w zakresie instalacji elektrycznych, wyposażenie parku w ławki i kosze na śmieci oraz kształtowanie terenów zielonych, które opodatkowane są różnymi - właściwymi dla siebie stawkami podatku VAT (str. 7 Interpretacji).

Skład orzekający Izby za nietrafny uznał także argument odwołującego, iż sama treść pytania, sformułowana przez zamawiającego w celu uzyskania Indywidualnej Interpretacji winna odnosić się do żądania wskazania stawki VAT dla całości zadania nazwanego „Rewitalizacja Parku Zdrojowego Długopolu Zdroju”, ponieważ wiedza wszystkich wykonawców co do tego, że na kompleksowe zadanie pn. „Rewitalizacja Parku Zdrojowego Długopolu Zdroju” składają się różne zakresy robót wynikała wprost z postanowień SIWZ i ujęcie tej informacji w piśmie zamawiającego nie sprawiło, że Interpretacja została wydane na podstawie innych informacji niż dysponowali wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do argumentu braku po stronie zamawiającego konsekwencji - wobec wcześniejszego, tj. na etapie pierwotnej oceny ofert, odrzucenia oferty innego wykonawcy, który zastosował 7% podatku VAT w przypadku zakresu: kształtowanie terenów zielonych stwierdza, że argument ten sam w sobie nie może stanowić o uznaniu, że zamawiającemu nie powinien odrzucać oferty odwołującego, który zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 22%.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że fakt, iż zamawiający pierwotnie nie odrzucił oferty odwołującego - po złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach co do wysokości zastosowanej stawki podatku VAT, nie pozbawił zamawiającego prawa, a jednocześnie obowiązku odrzucenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający jest zobligowany zweryfikować swoje wcześniejsze błędne decyzje co do istnienia lub braku podstaw do odrzucenia poszczególnych ofert, o ile dopiero na etapie późniejszym, tj. już po dokonaniu badania i oceny ofert uzyska nową wiedzę, która świadczy o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w szczególności poprzez zaniechanie odrzucenia którejkolwiek z ofert. Weryfikacja własnej decyzji zamawiającego nie narusza jednocześnie prawa wykonawców do obrony swoich ofert, poprzez złożenie odwołania - w sytuacji zmiany stanowiska przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, opierając się na Indywidualnej Interpretacji wydanej w toku przedmiotowego postępowania, w której uznano, że „Wykonawcy powinni dla każdej czynności wchodzącej w skład całego zamówienia pn. „Rewitalizacja Parku Zdrojowego w Długopolu Zdroju” zastosować stawkę podatku VAT właściwą dla danej czynności. (...) wykonanie usługi polegającej na kształtowaniu terenów zielonych, zaklasyfikowanej do grupowania PKWiU 01.41.12 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych” podlega opodatkowaniu 7% stawką podatku VAT, zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy w związku z poz. 135 załącznika nr 3 do ustawy. 7% stawką podatku VAT, należy również opodatkować czynność umieszczenia odpadów na wysypisku

odpadów, zaklasyfikowaną do grupowania PKWiU 90.00.21-00.00, zgodnie z powołanym wyżej art. 41 ust. 2 ustawy jednakże na podstawie poz. 153 załącznika nr 3 do ustawy, jako „Usługi w zakresie gospodarki ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne”.

W konsekwencji zasadnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia żadnego ze wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie rozpoznał zarzutu bezpodstawnego unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przedmiotowy przetarg nieograniczony jest postępowaniem, którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem - zgodnie z art. 180 ust. 2 (a contrario) - odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania odwołującemu nie przysługuje.

Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego nie może być w tym przypadku także konsekwencją uznania zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego za zasadny, ponieważ, jak skład orzekający Izby wskazał powyżej, zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, uwzględniając koszty zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonego rachunku, zgodnie z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....