

WYROK

z dnia 13 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UL Ł. A., ZUL B. B., ADZ D. G., TTO UL H. G., ZUL Chynowo W. Lubielski, 83 – 210 Zblewo, Bytonia, ul. Szkolna 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Kaliska, 83 – 260 Kaliska, ul. Długa 64,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UL Ł. A., ZUL B. B., ADZ D. G., TTO UL H. G., ZUL Chynowo W. L., 83 – 210 Zblewo, Bytonia, ul. Szkolna 9** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UL Ł. A., ZUL B. B., ADZ D. G., TTO UL H. G., ZUL Chynowo W. L., 83 – 210 Zblewo, Bytonia, ul. Szkolna 9,** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UL Ł. A., ZUL B. B., ADZ D. G., TTO UL H. G., ZUL Chynowo W. L., 83 – 210 Zblewo, Bytonia, ul. Szkolna 9** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Kaliska, 83 – 260 Kaliska, ul. Długa 64** kwotę **4 304 zł 58 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta cztery zł pięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Nadleśnictwo Kaliska, ul. Długa 64; 83-260 Kaliska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Kaliska w roku 2015*” zadanie nr 1 i 2”.

Zamawiający dnia 15 grudnia 2014 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 23 grudnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: UL Ł. A. Bytonia, ul. Szkolna 9; 83-210 Zblewo (lider konsorcjum), ZUL B. B., ADZ D. G., TTO UL H. G., ZUL Chynowo W. L. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nieprawidłowym zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że naruszenie powyższych przepisów nastąpiło między innymi poprzez:

1. Odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu zastosowania w ofercie jakoby nieprawidłowej stawki VAT dla usług związanych z melioracjami wodnymi, sprzątnięciem lasu, obiektów edukacyjnych mimo, że zgodnie z PKWiU zastosowano prawidłową stawkę VAT.
2. Prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybranie oferty najkorzystniejszej, która faktycznie zgodnie z kryteriami oceny ofert i zasadami zapisanymi w ustawie Pzp i s.i.w.z. nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum, jako najkorzystniejszej;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie, po którejkolwiek ze stron.

Zamawiający, dnia 12 stycznia 2015 roku (na posiedzeniu), złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego są usługi z zakresu gospodarki leśnej.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując, iż „...ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT w obliczeniu ceny. Wykonawca zastosował w formularzu ofertowym (załącznik nr 6/1 i załącznik 6/2) w kategorii PRACE ZWIĄZANE Z MELIORACJAMI WODNYMI ORAZ SPRZĄTANIEM LASU - godziny ręczne związane z melioracjami wodnymi, sprzątaniem lasu, obiektów edukacyjnych stawkę 8% VAT, gdzie powinna być wg PKWiU zastosowana stawka 23 % VAT. Na potwierdzenie słuszności odrzucenia oferty na podstawie zastosowania błędnej stawki VAT jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20.X.2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11”.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 23 grudnia 2014 roku wniósł odwołanie. W odwołaniu odwołujący podniósł, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie podał ani oznaczenia PKWiU ani podstawy, na jakiej błędnie, zdaniem odwołującego, zakwalifikował wymienione prace, tym samym nieprawidłowo ocenił jaka stawka VAT powinna być zastosowana w postępowaniu.

Zgodnie z dostępnymi wieloma interpretacjami Izb Skarbowych jak także przyjmowane stawki VAT w innych nadleśnictwach (dla identycznych prac) gdzie prawidłowo, oceniono rodzaj usługi i obowiązującą stawkę VAT odwołujący stwierdził, iż zastosował w ofercie prawidłową stawkę VAT dla zarzuconych usług, to jest 8 %. Odwołujący podniósł, że firmy wchodzące w skład konsorcjum, wystawiające faktury są zobowiązane do prawidłowego ustalenia stawki VAT i nie wolno im zastosować innej niż obowiązująca. Zamawiający w sposób odosobniony w stosunku do orzecznictwa jak i innych Nadleśnictw odrzuca

prawidłowo przygotowane oferty. Zdaniem odwołującego zamawiający nieprawidłowo ocenił, jaka ma być zastosowana prawidłowa stawka VAT przy realizacji usług będących przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, iż trudno mu się odnieść do stanowiska zamawiającego, ponieważ zamawiający nie podał na tyle precyzyjnie podstawy odrzucenia oferty, poza krótkim stwierdzeniem, że przyjęta stawka VAT jest błędna, by można było polemizować ze sposobem kwalifikacji PKWiU przyjętej przez zamawiającego. Dlatego odwołujący zastrzegł sobie prawo do uzupełnienia odwołania w zakresie odniesienia się do uzyskanych dodatkowych informacji o stanowisku zamawiającego, umożliwiając tym samym wykazanie błędnego założenia zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że prawidłowość przyjęcia przez odwołującego stawki VAT potwierdza wiele interpretacji Izby Skarbowych. Tak na przykład podano w interpretacji: Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie (IPPP1/443-817/12-2/JL) z 22 listopada 2012 r., Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie (IPPP1/443-493/11-6/ISz) z dnia 28 czerwca 2011 r., Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie (IPPP2/443-1406/11-3/AD) z dnia 2 stycznia 2012 r., Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (IPPP1/443-1309/11/KM) z 14 grudnia 2011 r. W/w dyrektorzy Izby Skarbowych jednoznacznie stwierdzili, że usługi konserwacji urządzeń melioracyjnych objęte są stawką VAT 8%.

Odwołujący domniemuje, ponieważ zamawiający nie dostarczył wystarczająco wyczerpującego stanowiska, by można inaczej ocenić, iż zamawiający może posługiwać się na przykład interpretacjami Dyrektora Izby Skarbowej z Warszawy (IPPP2/443-856/13-5/AO z 14 listopada 2013 r.) gdzie podatnik błędnie określił kwalifikację PKWiU, na co zwracają zresztą uwagę Dyrektorzy Izby Skarbowych w powyżej przytoczonych interpretacjach to jest z Izby Skarbowej w Bydgoszczy jak i z Warszawy. Klasyfikacja PKWiU 42.21.23.0 lub 45.24.12.00.0 dotyczy robót budowlanych na urządzeniach melioracyjnych (stawka 23%), a nie usług konserwacyjnych (8%), które są przedmiotem postępowania, na które jest składane odwołanie.

Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, że z powodu stanu faktycznego, niezależnie z jakiego powodu dojdzie do nie uznania odwołania i podpisania umowy z innym wykonawcą zamawiający naruszy art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podniósł, iż usługi objęte przedmiotem postępowania stosownie do opisu przedmiotu zamówienia, a polegające na utrzymaniu urządzeń melioracyjnych (zwane skrótowo jako prace związane z melioracjami wodnymi) winny zostać zakwalifikowane w grupowaniu PKWiU 42.21.23.0, gdyż taką właściwość nakazuje przyjąć Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. akt IPPP2/443-856/13-5/AO, zgodnie, z którą „*konserwacja urządzeń melioracji wodnych*

podstawowych wykonywana na ciekach wodnych: rzekach, kanałach, rowach jest opodatkowana 23% stawka podatku VAT." Zamawiający wskazał, iż zastosowanie przedmiotowej interpretacji indywidualnej przez zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowe, gdyż właśnie prace określone w opisie przedmiotu zamówienia są przedstawione w opisie stanu faktycznego ww. interpretacji. Zamawiający stwierdził, iż prace będące przedmiotem postępowania w zakresie melioracji nie obejmują czynności opisanych w powołanych przez odwołującego się interpretacjach indywidualnych (które obejmują proste czynności polegające na usuwaniu gałęzi i innych zanieczyszczeń z rowów melioracyjnych). Tym samym prace objęte przedmiotowym postępowaniem, a dotyczące prac związanych z melioracjami winny, jako prace budowlane być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT tj. w wysokości 23%. Przedmiotowy zakres czynności do wykonania wynikał właśnie z opisu przedmiotu zamówienia, które to czynności, co roku w ramach zleczanych przez Nadleśnictwo usług są wykonywane i od samego początku były w ten sposób opodatkowywane przez każdego z wykonawców realizujących do tej pory przedmiotowe usługi.

Zamawiający podniósł, iż dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, w treści Interpretacji Indywidualnej z dnia 25 czerwca 2012 r., sygn. akt: IPPP1/443-497/12-2/lgo wskazał, że obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy i winny mieć zastosowanie do towarów i usług wskazanych wprost przez ustawodawcę w ustawie o podatku od towarów i usług. Zatem zastosowanie 8% stawki podatku VAT będzie miało miejsce, podczas gdy dana usługa zostanie wymieniona w odpowiednim załączniku do ustawy. Usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania, świadczone przez odwołującego, nie stanowią żadnych z usług wymienionych w przepisach dotyczących stawki 8%, a w związku z czym, nie korzystają z opodatkowania preferencyjnymi stawkami podatku VAT.

Zamawiający odnosząc się natomiast do drugiego z zarzutów, a który nie został w żaden sposób poparty przez odwołującego, a mianowicie dotyczącego zastosowanej stawki dla czynności oznaczonych w formularzu cenowym, jako „sprzątanie lasu” wskazał, iż odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT. W pierwszej kolejności należy jednak stwierdzić, iż czynności objęte w formularzu cenowym, jako „sprzątanie lasu” zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zgrupowane były w pozycji „Tworzenie/utrzymanie obiektów edukacyjnych” oraz „Utrzymanie parkingów” i polegało na: utrzymaniu czystości na punktach edukacyjnych oraz utrzymaniu czystości na parkingu.

Tym samym powyższe usługi sprzątania są sklasyfikowane pod PKWiU 81.21.10.0 – Usługi niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych oraz pod PKWiU 81.29.19.00 - Pozostałe usługi sprzątania i czyszczenia gdzie indziej niesklasyfikowane - i zastosowanie ma do nich 23% stawka podatku VAT. Zamawiający stwierdził, że w tym zakresie odwołujący błędnie zastosował stawkę podatku VAT określając

ją w formularzu ofertowym na 8%, gdzie jak zostało wykazane należało zastosować stawkę w wysokości 23%.

Zamawiający na marginesie zaznaczył, iż usługi obejmujące sprzątanie śmieci z terenów leśnych zostały wskazane do wykonania przez zamawiającego w innej części zamówienia w kategorii „Inne prace z ochrony lasu” obejmującej zbiór śmieci oraz wywóz śmieci, co do których należy zastosować stawkę VAT w wysokości 8%.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego stwierdzając, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

W ocenie Izby, kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, jest właściwe określenie kodu PKWiU, które to ustalenie ma decydujące znaczenie dla zastosowania prawidłowej stawki podatku od towaru i usług – VAT.

Aby móc właściwie określić kod PKWiU należy zatem odnieść się do opisu przedmiotu zamówienia, jakiego dokonał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do niej. Zamawiający podał, iż przedmiotem zamówienia, zarówno w części 1 zamówienia, jak i 2 części zamówienia, są m.in. „melioracje wodne”.

„Melioracje wodne w lasach mają na celu poprawę stosunków wodno-powietrznych do zwiększenia produktywności gleb leśnych. W Polsce polegają one najczęściej na odwodnieniu obszarów stale lub okresowo nadmiernie uwilgotnionych, na których woda stagnująca na powierzchni uniemożliwia normalną produkcję leśną. Specyfika tych melioracji polega między innymi na ich wykonywaniu w trakcie wieloletniego cyklu produkcji leśnej oraz przy pozostawieniu istniejącej konfiguracji wysokościowej meliorowanego obszaru. Dlatego melioracje wodne w lasach przeprowadza się bardzo ostrożnie, w kilku etapach, aby istniejący drzewostan mógł się dostosować do nowych warunków środowiska glebowego. Uregulowanie stosunków wodnych na nadmiernie uwilgotnionych terenach leśnych może

zwiększyć roczną produkcję drewna o ponad 1 m³/ha” (źródło: <http://www.encyklopedia.laspolskie.pl/doku.php?id=m:melioracje-wodne>).

Zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 145 ze zmianami) „Melioracje wodne polegają na regulacji stosunków wodnych w celu polepszenia zdolności produkcyjnej gleby, ułatwienia jej uprawy oraz na ochronie użytków rolnych przed powodzią.”.

Zgodnie natomiast z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 maja 2009 r., sygn. akt. VII SA/Wa 867/09, „Żeby obiekt budowany mógł być zaliczony do urządzeń melioracji wodnych podstawowych jego realizacja musi mieć na celu polepszenie zdolności produkcyjnej gleby, ułatwienie jej uprawy oraz służyć ochronie użytków rolnych przed powodzią. (...) art. 71 ust. 1 stanowi, że do urządzeń melioracji wodnych podstawowych zalicza się:

- 1) budowle piętrzące, budowle upustowe oraz obiekty służące do ujmowania wód,
- 2) stopnie wodne, zbiorniki wodne,
- 3) kanały, wraz z budowlami związanymi z nimi funkcjonalnie,
- 4) rurociągi o średnicy co najmniej 0,6 m,
- 5) budowle regulacyjne oraz przeciwpowodziowe,
- 6) stacje pomp, z wyjątkiem stacji wykorzystywanych do nawodnień ciśnieniowych

- jeżeli służą celom, o których mowa w art. 70 ust. 1. Ten ostatni przepis wskazuje natomiast, że melioracje wodne polegają na regulacji stosunków wodnych w celu polepszenia zdolności produkcyjnej gleby, ułatwienia jej uprawy oraz na ochronie użytków rolnych przed powodzią.”.

Okolicznością bezsporną jest, że zamawiający opracował „Formularz cenowy oferty” wyszczególniając w jego treści (tabeli), do każdej części zamówienia odpowiednio 6 (dla części 1 zamówienia) oraz 7 (dla części 2 zamówienia) grup czynności. Jako osobną grupę czynności (w obydwu częściach) zamawiający podał „Prace związane z melioracjami wodnymi oraz sprzątnięciem lasu”. Powyższe, w ocenie Izby precyzyjnie wskazuje, że ta grupa czynności musi być odczytywana łącznie, w ten sposób, że dla tej grupy prac musi mieć zastosowanie jedna stawka podatku VAT.

W załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał szczegółowy wykaz czynności wchodzących w zakres „melioracji wodnych” podając, że tym zakresem objęte są m.in. czyszczenie rowów z namułu zarówno na głębokości 10, jak i 30 cm., pogłębianie rowu w lesie, czyszczenie przepustów, prace godzinowe z melioracji wodnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, wykonawca przystępujący do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musiał mieć

świadomość, iż zakres prac wchodzących w opis przedmiotu zamówienia nie może być przyporządkowany pracom o kodzie PKWiU 81.30.10.1 (usługi związane z zagospodarowaniem zieleni), gdyż wskazywany przez Izbę opis, dokonany przez zamawiającego wyklucza taką możliwość. W związku z powyższym, w ocenie Izby, prawidłowy kod PKWiU jaki wykonawca odwołujący miał obowiązek przyporządkować rzeczonym usługom, to kod o nr 42.21.23.0, który opisuje usługę, jako roboty ogólnobudowlane związane z budową systemów irygacyjnych (kanałów), magistrali i linii wodociągowych, obiektów do uzdatniania wody i oczyszczania ścieków oraz stacji pomp, gdyż *de facto* takie właśnie usługi wykonawca będzie wykonywał. Nadto wskazać należy, że odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć od zamawiającego, występując w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, jak w poprzednich latach była rozliczana przedmiotowa usługa, skoro była (wg. informacji zamawiającego) wyłączona do odrębnego postępowania.

Tym samym uznać należało, że interpretacja indywidualna oraz pismo GUS zgłoszone przez odwołującego, nie znajdują zastosowania w przedmiotowej sprawie. Jako właściwe należało zastosować wnioski płynące z interpretacji indywidualnej przedstawionej przez zamawiającego.

Izba, przy ocenie, nie uwzględniła również dowodu zgłoszonego przez odwołującego, tj. faktur stanowiących załączniki do odwołania ze względu na ich małą czytelność i brak możliwości ustalenia, co faktycznie stanowiło (jaki czynności) podstawę do ich wystawienia, tj. czy usługi tam wskazane były usługami analogicznymi do przedmiotu przedmiotowego postępowania przetargowego. Analogiczną argumentację należało przyjąć do faktury z 2011 roku przedstawionej na rozprawie. Natomiast co do faktury z 2014 roku, Izba stwierdziła, że wobec stanowiska zamawiającego, iż będzie ona przedmiotem zastrzeżeń zamawiającego, co do prawidłowego ustalenia wysokości stawki podatku VAT, jako dokument, który nie jest ostateczny, nie może być przedmiotem dowodzenia.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt. III CZP 53/11 *„Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Okoliczność, że wskazanie przez wykonawcę z kolei stawki wyższej niż obowiązująca, może nie czynić jego oferty konkurencyjną, nie ma istotnego znaczenia. Dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu*

o zamówienie publiczne. Stąd też, w sytuacji gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności pozbawionej doniosłości prawnej. Realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawa zapewnia przez ustanowienie mechanizmu kontroli i selekcji ofert. Sposób i zakres tej kontroli oraz jej skutki określają przepisy art. 87 i art. 89 ustawy. Podstawowym dokumentem, które jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. (...) Jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, niebędące elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, lecz tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p. należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.”

W pozostałym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: