

**WYROK
z dnia 25 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2021 r. przez wykonawcę Park-M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33 -340 Stary Sącz w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ścinawa

przy udziale wykonawcy Rotomat sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1435/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Ścinawa unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Park-M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33 -340 Stary Sącz oraz nakazuje Zamawiającemu Gminie Ścinawa dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Ścinawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Park-M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33 -340 Stary Sącz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Ścinawa na rzecz wykonawcy Park-M Poland Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33 -340 Stary Sącz kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1435/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Ścinawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rewitalizacja Ścinawy poprzez rozwój terenów zieleni miejskiej, numer postępowania JRP.271.4.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 775217-N-2020.

Pismem z dnia 7 maja 2021 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego: Park-M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu między innymi o odrzuceniu jego oferty.

Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że została ona odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej dawną lub starą ustawą Pzp ustawy Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca zastosował stawkę podatku VAT wynoszącą 23%. Zgodnie zaś ze specyfiką zamówienia stawka podatku VAT wynosi 8% i 23%.

Ponadto Zamawiający, w załączniku nr 1 do IDW- Wzór formularza oferty, wskazał iż podatek VAT będzie płacony w kwotach należnych zgodnie z przepisami prawa polskiego dotyczącymi stawek VAT. W załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.) zawierającym wykaz towarów i usług opodatkowanych 8% stawką VAT, pod poz. 52 wymienione zostały usługi sklasyfikowane pod symbolem PKWiU 81.30 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Grupowanie to obejmuje m.in.: usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów (...) przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej oraz na terenach miejskich.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego, Odwołujący w dniu 12 maja 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu bezpodstawne odrzucenie jego oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art.89 ust.1 pkt 6 dawnej ustawy Pzp), brak odrzucenia oferty wykonawcy P&D P. D. z siedzibą w Brzegu Dolnym jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 dawnej ustawy

Pzp), a także naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców art. 7 ust. 1 i 3 dawnej ustawy Pzp).

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do :

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującej się;
2. Odrzucenia oferty wykonawcy P&D P. D. z siedzibą w Brzegu Dolnym jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
3. Dokonania oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W swoim odwołaniu Odwołujący wyraził pogląd, że przedmiotowe świadczenie ma charakter kompleksowy, a roboty budowlane stanowią świadczenie podstawowe.

W związku z tym zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał jako główny kod CPV dla przedmiotu zamówienia 45000000-7, natomiast jako „dodatkowe kody CPV: 45111200-0, 45212200-8, 45220000-5, 45233200-1, 45233253-7, 45212140-9, 37410000-5, 45311100-1, 45311200-2, 45112710-5.

Zdaniem Odwołującego - wszystkie te kody, poza ostatnim, odnoszą się do wykonywania różnego rodzaju robót budowlanych. Jedynie kod 45112710-5 odnosi się do robót w zakresie kształtowania terenów zielonych.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz fakt, że stawka podatku VAT dla robót budowlanych wynosi 23% Odwołujący zadeklarował właśnie takie obciążenie podatkowe w swojej ofercie.

Według Odwołującego - ani formularz oferty, ani treść umowy nie wskazują na możliwość wpisania do nich dwóch wartości netto robót dla zakresów objętych różnymi stawkami podatku VAT, w celu obliczenia dla nich wartości brutto w oparciu o opodatkowanie ich dwoma innymi stawkami podatku VAT.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał, że Formularz oferty stanowi jedynie wzór dokumentu i Zamawiający dopuszcza jego modyfikację w sytuacji, gdyby konstrukcja proponowanego Formularza oferty uniemożliwiała poprawne złożenie oferty, tj. gdyby cena pozycji przedmiotu zamówienia wskazana przez Zamawiającego posiadała różne stawki VAT. Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał, że dopuszczalna jest modyfikacja

formularza oferty tak, aby każda z pozycji miała oddzielnie przypisaną stawkę procentową podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego - Formularz oferty został przez Zamawiającego skonstruowany w ten sposób, że ocenie, jako najkorzystniejsza, podlega łączna cena za wykonanie wszystkich zadań cząstkowych, przy czym Zamawiający nie przewidział możliwości obliczenia ceny brutto oferty z zastosowaniem dwóch stawek podatku VAT. Wykonawca zobowiązany był do podania jednej ceny łącznej netto i brutto, z zastosowaniem jednej stawki podatku VAT.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że w sytuacji, w której Zamawiający odrzuca oferty pięciu wykonawców, jako zawierające błąd w obliczeniu ceny z tego powodu, że wykonawcy nie zastosowali dwóch stawek podatku VAT w wysokości 23% i 8% i pozostawia do oceny w postępowaniu ofertę z ceną dalece niższą od ceny pozostałych ofert, trudno mówić o równym traktowaniu wykonawców i zasadzie uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 14 maja 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca ROTOMAT sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego o odrzuceniu ofert wykonawców z dnia 7 maja 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 czerwca 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie 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.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach

Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt 6 dawnej ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z ust.2 rozdziału III SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców (IDW) - Opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest rozwój terenów zieleni miejskiej w m. Ścinawa poprzez:

- 1) wykonanie nawierzchni trawiastych, w tym parki, skwery, boisko trawiaste,
- 2) przebudowę dróg,
- 3) budowę miejsc parkingowych i parkingu naziemnego
- 4) budowę ciągów pieszych i rowerowych,
- 5) remont istniejącego mostku parkowego,
- 6) odtworzenie mostku parkowego,
- 7) budowę nowego mostku parkowego,
- 8) wykonanie małej architektury, w tym amfiteatr, altana, deszczochron, siłownia zewnętrzna, pergole, ławki, stojaki na rowery, stoły, kosze na śmieci, słupki, place zabaw,
- 9) wykonanie fontanny jako płyty wodnej zewnętrznej wraz z przyłączami wody i kanalizacji sanitarnej,
- 10) wykonanie zasilania elektroenergetycznego obiektów,
- 11) wykonanie oświetlenia terenu wraz z WLZ i szafami oświetlenia ulicznego,
- 12) wykonanie nasadzenia drzew, krzewów oraz bylin wraz z wycinkami,
- 13) wykonanie tablicy informacyjnej o historii cmentarza – w miejscu dawnej bramy cmentarnej,
- 14) remont istniejących murów cmentarnych z wykonaniem tablicy informacyjnej w miejscu dawnych nagrobków na murze.

Izba również stwierdziła, że Zamawiający w ust.2 rozdziału XXII IDW - Opis sposobu obliczenia ceny postanowił, że cena oferty musi uwzględniać wynagrodzenie Wykonawcy łącznie z podatkiem VAT za wykonanie przedmiotu zamówienia, określonego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. z 2020r. poz. 106 z późn. zm.). Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązku Wykonawcy.

Cena powinna być wyliczona w następujący sposób:

cena (brutto) = wartość (netto) + stawka należnego podatku VAT.

Ustalono również, że Odwołujący w formularzu oferty podał następujące ceny:

1) cena oferty netto za zamówienie podstawowe: 6 900 000,00 PLN, VAT: 1 587 000,00 PLN, cena oferty brutto: 8 487 000, 00 PLN,

2) cena oferty netto za zamówienie objęte prawem opcji: 10 450 000,00 PLN VAT: 2 403 500,00 PLN, cena oferty brutto: 12 853 500,00 PLN.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że motywacja Zamawiającego przyjmująca, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny – w przekonaniu Izby – nie jest poprawna.

Stosownie do art.89 ust.1 pkt 6 dawnej ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Przede wszystkim, w ocenie Izby - Zamawiający bezpodstawnie uzasadnił wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że „zgodnie zaś ze specyfiką zamówienia stawka podatku VAT wynosi 8% i 23%”, przy czym w treści SIWZ nie przewidział on możliwości zadeklarowania dwóch różnych stawek podatku VAT.

Gdyby powyższe stwierdzenie Zamawiającego uznać za wiarygodne, to należałoby oczekiwać, że podobna informacja znajdzie odzwierciedlenie na gruncie SIWZ.

Jeżeli Zamawiający takiej wskazówki w SIWZ nie umieścił, to negatywne konsekwencje jej braku nie może obciążać Odwołującego.

Dodatkowo, należy wskazać, że zgodnie z powołanymi wyżej postanowieniami SIWZ prawidłowe ustalenie podatku VAT należało do obowiązku Wykonawcy.

Wobec tego to Odwołujący deklarując 23% stawkę podatku VAT wziął na siebie odpowiedzialność z tytułu prawidłowego jej określenia.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę cytowany wyżej przedmiot zamówienia wymagane przez Zamawiającego świadczenie należało rozumieć, jako kompleksowe, gdzie podstawowy charakter mają roboty budowlane, które są opodatkowane 23% stawką podatku VAT.

Nadto, zasadą jest przy robotach budowlanych obowiązywanie stawki podatku VAT w wysokości 23%. Odstępstwo od tej zasady byłoby dopuszczalne jedynie w sytuacji

udowodnienia wystąpienia jedynie usługi związanej z zagospodarowaniem terenów zieleni, o której mowa w poz.52 załącznika nr 3 - wykaz towarów i usług opodatkowanych 8% stawką VAT do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.).

W rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z przeważającymi robotami budowlanymi, bez których niemożliwe byłoby zagospodarowanie terenów zieleni zgodnie z z koncepcją Zamawiającego i projektem. W związku z tym wymaga zaznaczenia, że Zamawiający nie podzielił zamówienia na roboty budowlane i na usługi zagospodarowania terenów zielonych, zapewne mając na uwadze, że osiągnięcie oczekiwanego rezultatu zamówienia, nie jest możliwe bez skoordynowanego wykonywania tych prac.

Zdaniem Izby wykonanie nasadzeń zielonych poprzedzających wykonanie robót budowlanych zniweczyłoby realizację zadania, bowiem roboty budowlane w znacznej części spowodowałyby zniszczenie efektu zagospodarowania terenu zielonego.

Powyższa sytuacja prowadzi zatem do jednoznacznego wniosku, że przedmiotowe zamówienie mając charakter usługi kompleksowej z dominującą przewagą robót budowlanych wyłącza możliwość zastosowania 8% stawki podatku VAT.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 6 dawnej ustawy Pzp.

Jednocześnie, Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P&D P. D. z siedzibą w Brzegu Dolnym za przedwcześnie zgłoszony, jako, że Zamawiający w dacie rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania w tej sprawie nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołać.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....