

Sygn. akt: KIO/UZP 878/08

WYROK
z dnia 5 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A., ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Fałków, ul. Przedborska 2, 26-260 Fałków** protestu z dnia 31 lipca 2008 r.

przy udziale ~~xxx~~ zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~xxx~~ po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Fałków, ul. Przedborska 2, 26-260 Fałków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska**

i Melioracji „PIOMEL” S.A., ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Fałków, ul. Przedborska 2, 26-260 Fałków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A., ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A., ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski.**

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

Zamawiający Gmina Fałków, 26-260 Fałków ul. Przedborska 2 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowościach Greszczyn, Zygmunów, Stanisławów, Dobry Widok, Porąbka gmina Fałków”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 03.07. 2008 r. – BZP poz. 148658.

24.07. 2008 r. zostały złożone 4 oferty, z czego Zamawiający odrzucił 3 oferty.

28.07. 2008 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Powodem odrzucenia ofert było zastosowanie stawki VAT 22% na całość zamówienia, a zdaniem Zamawiającego przyłącza wodociągowe opodatkowane są stawką VAT 7%. Dlatego Zamawiający odrzucił takie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż oferty zawierają omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie

można poprawić na podstawie art. 88 Pzp lub błędy w obliczeniu ceny. Zawiadomienie zostało przekazane wykonawcom 29.07. 2008 r.

31.07. 2008 r., w terminie 7 dni od uzyskania informacji o podstawach do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 Pzp), Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski, zwany dalej Odwołującym, złożył protest na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, na czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek ul. Batalionów Chłopskich 205-671 Kielce jako najkorzystniejszej i nie odrzucenia jej mimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia;
- 2) odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji PIOMEL SA mimo braku przesłanek do jej odrzucenia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 6 Pzp.

Protestujący żąda:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek jako najkorzystniejszej i jej odrzucenia;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia ofert Przedsiębiorstwa Inżynierii Melioracji „PIOMEL” S.A.;
- 3) ponownego badania i oceny ofert;
- 4) dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. w Piotrkowie.

Odwołujący wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty Protestującego (Odwołującego) było wskazanie ceny netto cyt. „z doliczeniem podatku VAT w wysokości 22% zarówno dla sieci jak i przyłączy. Tak określona cena dotknięta jest błędem – w ocenie Zamawiającego – bowiem przyłącza wodociągowe opodatkowane są stawką VAT 7%, a to powoduje naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, bowiem błędnie ustalono cenę.”.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami przyjął jako aktualnie obowiązującą stawkę podatku VAT 7% dla przyłączy wodociągowych i na tej podstawie nieprawidłowo uznał ofertę Protestującego (Odwołującego) za błędną i ją odrzucił.

Odwołujący wskazuje, że stawka podatku VAT do dnia 31 grudnia 2007 r. na budowę przyłączy wynosiła 7% na podstawie **art. 146 ust. 1 pkt 2 i ust. 3** ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z 2005 r. Nr 14, poz. 113, Nr 90, poz. 756, Nr 143 i poz. 1199, Nr 179, poz. 1484, z 2006 r. Nr 143, poz. 1028 i

1029, z 2007 r. Nr 168, poz. 1187 i Nr 192, poz. 1382 oraz z 2008 r. Nr 74, poz. 444, Nr 130, poz. 826 i Nr 141, poz. 888). Natomiast od 1 stycznia 2008 r. stosownie do **art. 41 ust. 12-12c** powołanej ustawy stawka 7% ma zastosowanie wyłącznie do obiektów budownictwa mieszkaniowego. Pozostałe roboty budowlane, jako nie wymienione w przepisach dających prawo do obniżenia stawki, objęte są stawką 22%. Zdaniem Odwołującego cena, ustalona z zastosowaniem stawki VAT w wysokości 22% także dla przyłączy, zawarta w ofercie Protestującego (Odwołującego), została określona w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami albowiem w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości objęcia stawką VAT 7% budowy przyłączy, tym bardziej, że przedmiotem zamówienia nie jest budowa budynków mieszkalnych wraz z przyłączami, lecz budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego (Odwołującego) bezpodstawnie, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Z tych samych powodów Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek, która to oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny przez przyjęcie jako obowiązującej stawki VAT 7% dla przyłączy. Oferta tej firmy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp.

05.08. 2008 r. wniósł protest WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych Czesław Sztuk, Suchowola 74a, 28-130 Stopnica. Protestujący WOD-GAZ Czesław Sztuk zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp i wniósł analogiczne jak Odwołujący. Dodatkowo Protestujący WOD-GAZ Czesław Sztuk podkreśla, że przedmiotem zamówienia nie jest obiekt cyt. „budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym” i Zamawiający kierował się stanem prawnym obowiązującym do 31.12.2007 r.

08.08. 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych Czesław Sztuk, Suchowola 74a, 28-130 Stopnica po stronie wnoszącego protest.

08.08. 2008 r. Konsorcjum ADMA Zakład Remontowo-Budowlany Marian Adamczyk ul. Kościuszki 88, 28-200 Staszów i ZR-B A. Kustra, ul. Wyszyńskiego 68, 22-400 Zamość oraz RUR-KOP J. Kukielka, ul. Łukowska 66, 20-723 Lublin przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie wnoszącego protest.

13.08. 2008 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu protestów Odwołującego i WOD-GAZ Czesław Sztuk oraz Konsorcjum ADMA. Zamawiający oddalił protesty

stwierdzając, że nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp, dotyczących zarzutów (1) nierównego traktowania Wykonawców, (2) nie odrzucenia oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” mimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia, (3) odrzucenia oferty PIŚiM „PIOMEL” SA i WOD-GAZ ZRI-T Czesław Sztuk mimo braku przesłanek do ich odrzucenia.

Zamawiający argumentuje, że budowa indywidualnych przyłączy wodociągowych w stanie faktycznym zamierzonego zamówienia nie powinna być opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 22%. Gdyby przyłącza realizowane były do bliżej nieokreślonych odbiorców np.: do podmiotów budujących mieszkania w budownictwie wielorodzinnym lub innych – dla nieokreślonych z góry indywidualnych nabywców, to wówczas wskazana przez Protestujących podstawa prawna stosowania stawki VAT w wysokości 22% miałyby uzasadnienie, jak definiuje to art. 146 ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Otóż zgodnie z załącznikiem nr 3, poz. 138 do przytoczonej ustawy, usługi rozprowadzania wody (PKW 41.00.2), a do takich należy zaliczyć także budowę przyłącza wodociągowego dla indywidualnego odbiorcy, stosuje się stawkę VAT w wysokości 7%. Okoliczność tę potwierdza – **Leksykon VAT na 2008 r. str. 774-775.**

Stanowisko to potwierdził również Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 03.04.2008 r. (C-442/05) uznając, że podłączenie przyłącza indywidualnego do sieci poprzedza czynność dostarczania wody, a zatem jest związane z dostawą wody. Okoliczność, że Zamawiający – Gmina Fałków realizuje zadanie budowy przyłączy wraz z siecią nie zmienia faktu, że ciężar finansowy budowy przyłączy indywidualnych do swych domostw, ponoszą przyszli zindywidualizowani odbiorcy wody, stosownie do obowiązku wynikającego z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006 Nr 123, poz. 858, z 2007 r. Nr 147, poz. 1033).

18.08. 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek a odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A.;
- 3) obciążenie zamawiającej kosztami postępowania.

Odwołujący złożył opinię podatkową, z której wynika, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje stawka VAT 22%. Opinia została sporządzona 18.08. 2008 r. przez doradców podatkowych Danutę Maryan i Ilonę Sebastyańczyk – Biuro Podatkowo-Rachunkowe S.C., ul. Wysoka 19, 97-300 Piotrków Trybunalski.

Z opinii wynika, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a nie usługi w zakresie rozprowadzania wody. Dlatego nie można zastosować sugerowanej przez Zamawiającego stawki VAT 7%. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości było w stosunku do innego stanu faktycznego, gdzie podmiot prawa publicznego zajmujący się rozprowadzaniem wody pitnej na żądanie indywidualnego klienta wykonał podłączenie do sieci, co zostało uznane za element usługi rozprowadzania wody. Natomiast w Polsce sieć wodociągowa i przyłącza należą do infrastruktury towarzyszącej budownictwu i dlatego od 01.01. 2008 r. są opodatkowane stawką VAT 22%. Przyłącza należą do infrastruktury towarzyszącej i brak jest podstaw do zastosowania stawki VAT 7%. A woda jest objęta stawką VAT 7%.

Jedynie gdyby Zamawiający posiadał opinie statystyczną, że wykonanie przyłączy są sklasyfikowane wg PKWiU jako usługi w zakresie rozprowadzania wody, Zamawiający mógłby dowodzić, że usługi takie są objęte stawką VAT 7%.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania, a w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz z wyjaśnień stron, a także dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego w trakcie rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza w granicach postępowania dowodowego dopuściła następujące dokumenty i oznaczyła je numerami od 1 do 3, złożone jako dowody w sprawie:

- 1) Uchwała Nr XXXI/176/2006 Rady Gminy Fałków z dnia 13 kwietnia 2006 r. w sprawie regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie Gminy Fałków;
- 2) wzór umowy w sprawie wykonania przyłącza wodociągowego i przykładowa umowa;
- 3) interpretacja Drugiego Urzędu Skarbowego w Kielcach z 2 lutego 2007 r. (OG-005/195/2006/§/443–93-/99/2007) – wydruk ze strony internetowej.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący wnosząc odwołanie posiada interes prawny, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, występuje możliwość, aby oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc to pod uwagę, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, działanie Zamawiającego zagroziłoby interesowi prawnemu Odwołującego i

mógł on doznać uszczerbku w swoim interesie co najmniej przez utratę planowanych korzyści z uzyskania zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania wymienione w art. 187 ust. 4 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający Gmina Fałków, 26-260 Fałków ul. Przedborska 2 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowościach Greszczyn, Zygmuntów, Stanisławów, Dobry Widok, Porąbka gmina Fałków” przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych 03.07. 2008 r. – BZP poz. 148658.

Zgodnie ze zbiorczym zestawieniem ofert (druk ZP-12) w postępowaniu złożyło oferty 4 wykonawców:

- 1) WOD-GAZ Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych Czesław Sztuk, Suchowola 74a, 28-130 Stopnica – za cenę 1 546 710,30 zł;
- 2) Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska i Melioracji „PIOMEL” S.A. ul. Energetyków 4, 97-300 Piotrków Trybunalski – za cenę 1 106 421,46 zł;
- 3) ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek ul. Batalionów Chłopskich 205-671 Kielce – za cenę 1 104 910,39 zł;
- 4) Konsorcjum: ADMA Zakład Remontowo-Budowlany Marian Adamczyk ul. Kościuszki 88, 28-200 Staszów i ZR-B A. Kustra, ul. Wyszyńskiego 68, 22-400 Zamość oraz RUR-KOP J. Kukiełka, ul. Łukowska 66, 20-723 Lublin – za cenę 1 579 353,36 zł.

Zamawiający odrzucił oferty nr 1, 3 i 4 ze względu na zastosowanie przez wszystkich trzech wykonawców stawki VAT na przyłącza wodociągowe w wysokości 22%. Natomiast wybrał jako najkorzystniejszą, pozostałą ofertę nr 1, gdyż ten wykonawca zastosował stawkę VAT na przyłącza wodociągowe w wysokości 7%. Stawka ta jest stawką preferencyjną wynoszącą 7% i stosowaną do usług w zakresie rozprowadzania wody (PKWiU 41.00.2 – poz. 138), co ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz m.in. z publikacji „Leksykon VAT na 2008 r.” str. 774-775.

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako cyt. „Budowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowościach Greszczyn, Zygmuntów, Stanisławów, Dobry Widok, Porąbka gmina Fałków” i ze wskazań zawartych w specyfikacji wynika, że jest to robota budowlana.

Jednak Zamawiający nie zawarł w specyfikacji żadnych informacji co do różnego traktowania poszczególnych elementów zamówienia; jednych jako robota budowlana a innych jako usługi, a tym bardziej nie załączył do tej specyfikacji żadnych dokumentów, z których mogłaby wynikać konieczność różnego traktowania poszczególnych elementów zamówienia. Samo wydzielenie różnych rubryk w formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 1a do specyfikacji bez wskazania z jakiego powodu występuje takie rozróżnienie nie jest dostateczną przesłanką dla wykonawców, aby mogli stosować różne stawki VAT do poszczególnych elementów zamówienia.

Wprost przeciwnie, to zamawiający w części II ust. 2.1 specyfikacji „Przedmiot zamówienia” wskazał kody CPV 45.23.13.00-8 i 45.33.24.00-7 dotyczące robót budowlanych, a nie usługi w zakresie doprowadzania wody, określone w poz. 138 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Dlatego, że względu na postanowienia specyfikacji wskazujące, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawcy nie mogli inaczej klasyfikować elementów przedmiotu zamówienia, a przyjęcie innej interpretacji mogłoby być poczytane za łamanie podstawowej zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jak ustalono powyżej powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zastosowanie jednolitej 22% stawki VAT w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, obejmującego budowę sieci wodociągowej wraz z przyłączami, czyli, że w skład zamówienia wchodzi również infrastruktura towarzysząca budownictwu, a w tym budownictwu mieszkaniowemu.

Zgodnie z dyspozycją **art. 41 ust. 2 i 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług** preferencyjną stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przywołana ustawa o podatku od towarów i usług definiuje jednocześnie pojęcie budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym i pod jego pojęciem rozumie m.in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych **sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12.**

I tutaj również Zamawiający nie dał żadnych jednoznacznych wskazań wykonawcom, aby sporządzając oferty zróżnicowali stawki VAT do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Natomiast to na Zamawiający ciąży obowiązek odpowiedniego, jednoznacznego sformułowania postanowień specyfikacji oraz opisanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 i n. Pzp. Ze względu na brak precyzji w sformułowaniach specyfikacji dokonanych przez Zamawiającego, nie można wyciągać negatywnych

konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy ufając we właściwie sformułowaną specyfikację sporządzili oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Ze względu na chronologię czynności Zamawiającego i wynikające z nich konsekwencje Krajowa Izba Odwoławcza jako pierwszy rozpatrzyła zarzut odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska i Melioracji PIOMEL SA.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 88 w związku z art. 89 Pzp Izba zważyła co następuje:

Art. 88 Pzp nie przewiduje dokonywania poprawy omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny, jeżeli omyłki te dotyczą nieprawidłowo zastosowanej stawki VAT. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem w tym zakresie przepis ten nie dotyczy błędu w ustaleniu ceny polegającym na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT. W ocenie składu orzekającego Izby nie można zatem zastosować przepisu art. 88 Pzp w rozpatrywanym przypadku, gdyż stawka podatku od towarów i usług na infrastrukturę towarzyszącą została określona w wysokości 22%, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

Nie można stwierdzić, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazały lub choćby mogły wskazać wykonawcom jakie mają stosować stawki VAT inne niż wynikające ze wskazanych w specyfikacji kodów CPV. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie sugerował jaką stawkę czy stawki VAT należy zastosować. Zgodnie z treścią art. 106 ustawy o podatku od towarów i usług to na wykonawcy spoczywa obowiązek określenia prawidłowej stawki VAT. Zatem to Odwołujący jest zobligowany do zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa określenia wysokości stawki VAT i to on ponosi konsekwencje niewłaściwego jej podania.

Dlatego Zamawiający podczas badania ofert jest obowiązany zastosować się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i odrzucić ofertę, w której zostały niezgodnie z przepisami użyte stawki VAT, a nie ma prawa odrzucać ofert, w których zostały te stawki użyte prawidłowo. Stawki te muszą, oprócz obowiązujących przepisów, wynikać także ze sformułowań specyfikacji.

W rozpatrywanym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie ofert niepodlegających odrzuceniu i nieodrzucając oferty podlegającej odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego wyboru oferty firmy ZUW-K i BM „HYDROBUD” Władysław Krzysiek ul. Batalionów Chłopskich 205-671 Kielce jako najkorzystniejszej i nie odrzucenia jej mimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie może dokonywać wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, co wynika z art. 7 ust. 1 Pzp. Wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty podlegającej odrzuceniu nie byłby zgodny z obowiązkiem równego traktowania wykonawców i byłby sprzeczny z zasadą zachowania równej konkurencji.

W rozpatrywanym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty podlegającej odrzuceniu.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp i nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, zaniechał odrzucenia oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą oraz dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Wskazane jako dowody przez Zamawiającego dokumenty odnoszą się do innych stanów faktycznych. Ponadto orzeczenie ETS odnosi się do indywidualnego odbiorcy, na którego dostawca usługi dostarczania wody zastosował niewłaściwą stawkę VAT. Dlatego te dowody nie mogły być brane pod uwagę przez skład orzekający Izby.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*