

Sygn. akt: KIO 92/11

WYROK
z dnia 25 stycznia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Emil Kuriata

Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie 25 stycznia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego 14 stycznia 2011 roku przez Wykonawcę

Daniela Jędrzejewskiego zamieszkałego w Kaliskach przy ulicy Długiej 31, 83-260 Kaliska prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security z siedzibą w Czarnej Wodzie przy ulicy Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Rytel z siedzibą w Rytlu, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Rytel z siedzibą w Rytle, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez **Daniela Jędrzejewskiego zamieszkałego w Kaliskach przy ulicy Długiej 31, 83-260 Kaliska prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security z siedzibą w Czarnej Wodzie przy ulicy Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Rytel z siedzibą w Rytle, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel** na rzecz **Daniela Jędrzejewskiego zamieszkałego w Kaliskach przy ulicy Długiej 31, 83-260 Kaliska prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security z siedzibą w Czarnej Wodzie przy ulicy Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Rytel z siedzibą w Rytle, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Obsługa gospodarcza siedziby Nadleśnictwa Rytel oraz dyżur ppoż w punkcie alarmowo dyspozycyjnym*” zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 grudnia 2010 roku, pozycja 373751.

11 stycznia 2011 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu Danielowi Jędrzejewskiemu zamieszkałemu w Kaliskach przy ulicy Długiej 31, 83-260 Kaliska prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security z siedzibą w Czarnej Wodzie przy ulicy Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda informację zawiadomienie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż oferta złożona przez niego została odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, iż wybrał ofertę wykonawcy: Zbigniew Karau prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zbigniew Karau z siedzibą w Rytle przy ulicy Księdza Kowalkowskiego 14, 89-642 Rytel, Henryk Szark prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Henryk Szark z siedzibą w Rytle przy ulicy Sportowej 7, 89-642 Rytel, Teresa Nielek prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Teresa Nielek z siedzibą w Rytle przy ulicy Dworcowej 15, 89-642 Rytel - Spółka cywilna uzasadniając, iż jest to jedyna ważna oferta.

14 stycznia 2011 roku Odwołujący - Daniel Jędrzejewski zamieszkały w Kaliskach przy ulicy Długiej 31, 83-260 Kaliska prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security z siedzibą w Czarnej Wodzie przy ulicy Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wnosząc o:

- odrzucenie oferty wykonawcy: Zbigniew Karau prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zbigniew Karau z siedzibą w Rytle przy ulicy Księdza Kowalkowskiego 14, 89-642 Rytel, Henryk Szark prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Henryk Szark z siedzibą w Rytle przy ulicy Sportowej 7, 89-642 Rytel, Teresa Nielek prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług

Leśnych Teresa Nielek z siedzibą w Rytle przy ulicy Dworcowej 15, 89-642 Ryteł - Spółka cywilna, która nie spełnia wymagań SIWZ,

- uznania oferty Odwołującego za ważną,

- zarządzenia pokrycia przez Zamawiającego kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego do przetargu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Wybór przez Zamawiającego oferty wykonawcy: Zbigniew Karau prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zbigniew Karau z siedzibą w Rytle przy ulicy Księdza Kowalkowskiego 14, 89-642 Ryteł, Henryk Szark prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Henryk Szark z siedzibą w Rytle przy ulicy Sportowej 7, 89-642 Ryteł, Teresa Nielek prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Teresa Nielek z siedzibą w Rytle przy ulicy Dworcowej 15, 89-642 Ryteł - Spółka cywilna (dalej: „Spółka cywilna”) odbył się niezgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych – Zamawiający dokonał czynności niezgodnej z ustawą poprzez wybranie oferty, która była niekompletna. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie zwrócił się, zgodnie z art. 87 Pzp, o uzupełnienie braków przez Spółkę cywilną i rozstrzygnął przetarg na korzyść tejże Spółki cywilnej.

Odwołujący wskazał następujące braki oferty:

- 1) Zgodnie z pkt. VI. A. 2) - wykonawca był zobowiązany do przedstawienia: *„pełnomocnictwo w przypadku jeżeli umocowanie osób podpisujących ofertę nie wynika wprost z dokumentów rejestrowych, w przypadku konsorcjum - pełnomocnictwo podmiotów występujących wspólnie dla ustanowionego pełnomocnika.”* Spółka cywilna nie dołączyła do oferty pełnomocnictwa podmiotów występujących wspólnie dla ustanowienia pełnomocnika. Jednocześnie z dokumentów rejestrowych nie wynika jednoznacznie, kto jest reprezentantem podmiotów wspólnie ubiegających się o przedmiot zamówienia publicznego, co więcej na załącznikach oferty widnieje nazwa firmy nie wnikająca z powyższych dokumentów rejestrowych firm wspólnie występujących z zamówieniu publicznym;
- 2) Zgodnie z pkt. VI. E. 1): *„ Oferta winna zawierać: oświadczenia i dokumenty opisane w pkt. VI A. 2), B., dla każdego partnera z osobna, pozostałe dokumenty składane są wspólnie. ”* - wykonawca zobowiązany był do przedstawienia osobnych dla każdego podmiotu podpisanego oraz oznaczonego pieczętka firmową załącznika nr 4 do SI WZ, czego Spółka cywilna nie uczyniła;

- 3) Zgodnie z pkt. VI. F.: *„W przypadku udziału podwykonawców Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.”* – Spółka cywilna nie wywiązała się z żądanego przez Zamawiającego wskazania w ofercie części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom;
- 4) Zgodnie z pkt. X. A. 5): *„Oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia, załączniki i inne dokumenty, o których mowa w treści niniejszej specyfikacji. ”* - wykonawca powinien zawrzeć w ofercie wymagane załączniki, jednakże złożona przez Spółkę cywilną oferta nie zawierała załącznika nr 6 do SIWZ w postaci projektu umowy podpisanego przez wykonawcę;
- 5) Zgodnie z pkt. X. B. 2): *„Upoważnienie do pełnienia funkcji przedstawiciela /partnera wiodącego wymaga podpisu prawnie upoważnionych przedstawicieli każdego z wykonawców występujących wspólnie/ partnerów - należy załączyć do oferty. ”* – brak powyższego upoważnienia w ofercie przetargowej dla ustanowienia przedstawiciela /partnera wiodącego spowodowało nieuzasadnione posługiwanie się wyłącznie jedną nazwą wykonawcy: *„ZUL - S C - Z. Keru, H. Szark, T Nielek”* jak również oznaczenie oferty adresem wykonawcy: *„89-642 Rytel, ul. Ks. Kowalkowskiego”*, który jest adresem prowadzenia działalności wyłącznie jednego podmiotu który wchodził w skład trzech podmiotów ubiegających wie o przedmiot zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego można interpretować, że firma *„ZUL - S C - Z. Keru, H. Szark, T Nielek”* działała jako konsorcjum bez formalnie ustanowionego pełnomocnika;
- 6) Użyta pieczęć w załączniku nr 2 do SWIZ jest nie zgodna z danymi znajdującymi się w załączonych dokumentach rejestrowych dołączonych do oferty przetargowej, jak również w ofercie nie znalazła się informacja o dokonaniu zmian w nazwie wykonawcy w ewidencji działalności gospodarczej poszczególnych partnerów ubiegających się wspólnie o przedmiot zamówienia publicznego;
- 7) Zgodnie pkt. z X. A. 3): *„Oferta oraz wszystkie wymagane druki, formularze, oświadczenia, opracowane zestawienia i wykazy składane wraz z ofertą wymagają podpisu osób uprawnionych do reprezentowania firmy w obrocie gospodarczym, zgodnie z aktem rejestracyjnym oraz przepisami prawa.”* wbrew wymaganiom zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia brakuje podpisu osób uprawnionych do reprezentowania firmy w obrocie gospodarczym, na dokumentach w formie: *„zaświadczenie o dokonaniu zmian w ewidencji działalności gospodarczej”*;

- 8) Zgodnie pkt. z XIII. 1.1) - dotyczącego działu: „Kryteria oceny oferty”: *„oferta, co do formy opracowania i treści spełnia wymagania określone niniejszą specyfikacją”* Spółka cywilna nie dopełniła powyższego punktu przez niewłaściwe oznaczeni załącznika nr 2 do SWIZ w tabeli oznaczonej nazwa: „Nazwa firmy” oraz „Podstawa dysponowania”;
- 9) Zgodnie pkt. z XIII. 1.3) - dotyczącego działu: „Kryteria oceny oferty”: *„złożone oświadczenia, dokumenty, zaświadczenia są aktualne i podpisane przez osoby uprawnione”*. Spółka cywilna nie dopełniła powyższego punktu przez nie umieszczenie podpisu podmiotów wchodzących w skład wykonawcy na załączonych dokumentach
w formie: *„zaświadczenie o dokonaniu zmian w ewidencji działalności gospodarczej”*;
- 10) Zgodnie pkt. z XIII. 1.6) - dotyczącego działu: „Kryteria oceny oferty”: *„Wykonawca przedstawił ofertę zgodną co do treści z wymaganiami Zamawiającego.”* Spółka cywilna nie dopełniła powyższego punktu przez nie załączenie - *„Załączniki składające się na integralną część specyfikacji”* - załącznika pod nazwą: *„Załącznik nr 6 - Projekt umowy”*;
- 11) Na poszczególnych załącznikach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o następujących numerach: 3,4- brakuje daty w górnym prawym rogu;
- 12) Na poszczególnych strona oferty: 1,2,3,4,5,6 nie umieszczono pieczętki wykonawcy;
- 13) Na poszczególnych strona oferty: 1, 7, 8, 9,10 nie umieszczono podpisów osób reprezentujących podmioty wchodzące w skład wykonawcy, a które ubiegały się w przetargu o zamówienie;
- 14) Nazwa wykonawcy oraz adres prowadzenia działalności nie został na mocy pełnomocnictwa przedstawiony. W powyższej sytuacji każdy podmiot wchodzący w skład wykonawcy ubiegającego się o przedmiot zamówienia publicznego powinien podać odrębna nazwę firmy oraz adres prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z załączonym dokumentem w formie: *„zaświadczenie o dokonaniu zmian w ewidencji działalności gospodarczej”*;
- 15) W „załącznik nr 1 do SWIZ” w punkcie numer 7, który brzmi: *„załącznikami do niniejszej oferty są:”* wpisano w punkcie: *„a) umowa spółki”* jednocześnie do oferty załączono tylko aneks;
- 16) W „załącznik nr 2 do SWIZ” w tabeli o nazwie: „Podstawa dysponowania” wpisano tylko nazwiska osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia bez uwzględnienia według zaleceń zamawiającego podanych na stronie powyższego załącznika tj.: *„Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,*

wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych dla wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wymagany jest w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia". Jednocześnie podając tylko i wyłącznie nazwiska w tabeli o nazwie "Nazwa firmy" powinny znaleźć się dane firm poszczególnych podmiotów. Dodatkowo nie podano przy osobie: Jarosława Chabowskiego - formy dysponowania w przedmiocie mówienia publicznego, czego Zamawiający wymagał.

Odwołujący podał, iż Zamawiający przeznaczył na realizację zadania kwotę brutto 132 009,64 zł a oferta wykonawcy wybranego w postępowaniu opiewa na kwotę brutto: 133 812,21 zł. Cena oferty jest wyższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Zamawiający dokonał czynności niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych wybierając ofertę z kwotą przewyższającą budżet, nie informując w „Zawiadomieniu” o wyniku postępowania o zwiększeniu budżetu.

W ocenie Odwołującego, złożona przez niego oferta zawiera omyłkę pisarską w postaci błędnej stawki podatku Vat przy usłudze utrzymania terenów zielonych. Odwołujący w ofercie zawarł stawkę VAT 23% zamiast 8% dla części zamówienia - Usługi sadzenia roślin i utrzymania terenów zielonych (Utrzymanie terenów zielonych). W ocenie odwołującego powyższa omyłka nie powinna być powodem odrzucenia oferty, gdyż, Zamawiający w SIWZ nie umieścił stawek VAT dla poszczególnych zadań a ocena wartościowa następuje jako całości w kwocie ryczałtowej.

Odwołujący wniósł o zwrot kosztów przejazdów i wynagrodzenia pracownika oddelegowanego do wykonania czynności mających na celu wykazanie niezgodnych z Prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego. W zakresie poniesionych kosztów weszły:

- wynagrodzenie pracownika w dniu 11.01.2011 i 13.01.2011 (badanie prawidłowości oferty wybranego w postępowaniu w kwocie 316,00,
- wypłaconym ryczałtem dojazdowym za przejazdy związane z w/w sprawą: 10.01.2011. Czarna Woda - Rytel - Czarna Woda w kwocie 47,48zł. (58 km x 0,8358=47,48) oraz 14.01.2011 Czarna Woda - Warszawa - Czarna Woda w kwocie 571,69zł. (684 km x 0,8358=571,69)

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 stycznia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, oraz pismo Zamawiającego z 21 stycznia 2011 roku stanowiące odpowiedź na odwołanie, które zostało złożone na posiedzeniu. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty wskazane przez Odwołującego w odwołaniu a dotyczące uchybień w ofercie wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, bowiem zgodnie z regulacją art. 180 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa” lub Pzp) *„jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego”*. Zarzuty podniesione przez Odwołującego, dotyczą czynności bądź zaniechania czynności Zamawiającego nie zawartych w katalogu przesłanek określonym w art. 180 ust 2 ustawy, a więc co do nich Odwołujący nie miał podstawy wnoszenia odwołania. Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 10 grudnia 2009 roku (sygn. akt III CZP 110/09), jakkolwiek wydanej na podstawie Prawa zamówień publicznych obowiązującego przed 29 stycznia 2010 roku i dotyczącego innej z przesłanek to zachowuje swoją aktualność, na gruncie obowiązującego stanu prawnego zważył, iż *„W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 u.p.z.p. odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ściślejszą każdego z tych wyjątków.(...) W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. (...) Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępowanie od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej”*

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny* Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu.

Oferta Odwołującego została odrzucona w postępowaniu z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę stawki 23 % podatku od towarów i usług dla części zamówienia – Usługi sadzenia roślin i utrzymania terenów zielonych (Utrzymanie terenów zielonych) zamiast stawki 7 %. Stawka podatku od towarów i usług, jaką ma zastosować wykonawca

w składanej ofercie nie została wprost określona i narzucona przez Zamawiającego w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako wiążąca dla wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Oznacza to, że Zamawiający nie wprowadził w powyższym zakresie w SIWZ reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w ramach których niejako narzuciłby stawkę podatku od towarów i usług, którą zobowiązani są stosować wykonawcy składający ofertę.

Jednocześnie Zamawiający w paragrafie trzecim Załącznika nr 6 do SIWZ – Umowa, w punkcie 4 określił, iż „*Strony przyjmują, że należny podatek VAT naliczony zostanie zgodnie z obowiązującym prawem w dniu wystawienia faktury*”. Zamawiający dał tym samym jednoznaczną informację, że podatek VAT jaki zostanie naliczony musi być zgodny z obowiązującym w dniu jego naliczenia prawem. Tym samym, sam Zamawiający wyznaczył termin graniczny, zgodny z prawem niezbędności zastosowania prawidłowej stawki podatku.

Izba podkreśla, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do zagadnienia obowiązku odrzucenia oferty z powodu zastosowania niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług wywołuje rozbieżności. Stanowisko, na które powoływał się Zamawiający, a mianowicie, iż podanie nieprawidłowej stawki tego podatku stanowi błąd w obliczeniu ceny nie podlegający poprawieniu na podstawie art. 87 ustawy, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy ustępuje obecnie miejsca stanowisku, że błędnie zastosowana stawka podatku VAT nie mieści się w hipotezie normy zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy co znajduje odzwierciedlenie w aktualnych orzeczeniach Izby (porównaj wyroki: KIO/UZP 887/10 i KIO/UZP 905/10, KIO 924/10, KIO 1053/10, KIO 1280/10, KIO 1287/10, KIO/UZP 1405/10, KIO 1427/10 i KIO 1430/10, KIO 1457/10 i KIO 1458/10, KIO 1476/10, KIO 1620/10, KIO 1667/10, KIO 1779/10, KIO 1884/10, KIO 2746/10)

Skład orzekający Izby, na gruncie tej sprawy, po przeanalizowaniu występujących okoliczności, z uwzględnieniem argumentacji, która stała się podstawą wcześniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do przedmiotowego zagadnienia prawnego, uznał, iż niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny. Izba wskazuje, iż istota sporu sprowadza się nie tyle do wysokości stawki podatku, co do możliwość odrzucenia oferty w przypadku zastosowania stawki niewłaściwej, jako oferty obciążonej błędem w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. W ocenie Izby, przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie znajduje zastosowanie w przypadku niewłaściwego naliczenia w ofercie podatku od towarów i usług, dlatego też

Izba podziela stanowisko wyrażone w tym zakresie i przyjętą argumentację w podobnych sprawach w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt: KIO/UZP/260/10, KIO 1053/10, KIO 1287/10, KIO 1280/10.

Izba wskazuje, że przepis art. 89 ust. 1 ustawy, określa zamknięty katalog okoliczności stanowiących podstawę do odrzucenia oferty, nie ustanawia *expressis verbis* jako podstawy jej odrzucenia zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług. W ocenie Izby przyjęcie takiej wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy może wynikać jedynie z określonej wykładni tego przepisu, prowadzącej do utożsamienia błędu w obliczeniu ceny z niewłaściwym naliczeniem podatku od towarów i usług.

Przede wszystkim podkreślić należy, że cena jest zasadniczym elementem oferty stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy. Określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia opisany szczegółowo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, objęte jest zatem sferą jego dyspozytywności. Podatek od towarów i usług 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.) jest elementem ceny, a tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku również objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy. Cena wraz z jej elementami składowymi jest zatem kategorią w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia. podatek od towarów i usług jest uwzględniony w cenie - zgodnie z ustawą o cenach w jej wysokości się zawiera. Wskazanie stawki podatku od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie oświadczenie woli (w myśl art. 60, 66 § 1 KC) nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane, chyba że budzi wątpliwości. Odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku od towarów i usług obciąża wykonawcę jako podatnika i to on ponosi ryzyko i pełną odpowiedzialność z tego tytułu, w tym odpowiedzialność karnoskarbową. W związku z tym należy przyjąć, że cena i zastosowana stawka podatku od towarów i usług podlega kontroli zamawiającego tylko w takim zakresie, jaki wynika wprost z przepisów prawa. Jeżeli zatem intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, która to cena uwzględnia odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług nie budzi wątpliwości, to zamawiający winien przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r. (sygn. III CZP 54/06) przywołana w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1280/10). Wydana na gruncie postępowania w sprawie o zamówienie publiczne dotyczące

robót budowlanych uchwała Sądu Najwyższego zawiera istotne wskazówki w odniesieniu do ceny, jej charakteru, jak również znaczenia w jej ustaleniu podatku od towarów i usług. Sąd Najwyższy wskazał, iż postawione pytanie prawne należy rozważać w szerszym kontekście dotyczącym zagadnienia wpływu zmian podatku VAT na treść zobowiązania, w szczególności na obowiązek zapłaty ceny (wynagrodzenia), którego źródłem jest umowa zawarta przed zmianą stawki VAT. Rozważania Sądu Najwyższego potwierdzają, że cena obejmująca także podatek od towarów i usług w określonej stawce jest kategorią umowną, a zmiana stawki (podwyższenie) po zawarciu umowy nie stwarza podstawy prawnej do żądania zapłaty ceny z uwzględnieniem powiększonej kwoty podatku. Z podstawowych zasad prawa zobowiązań wynika bowiem, że zakres obowiązku dłużnika w zasadzie obejmuje to, co wynika z treści zobowiązania. Jeżeli zatem przy zawieraniu umowy uzgodniono cenę obejmującą podatek od towarów i usług w określonej stawce, to art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie stwarza uprawnienia do jej podniesienia w razie zmiany stawki tego podatku. Sąd Najwyższy wskazywał, że takiego uprawnienia nie daje również ustawa o VAT, która w żadnym razie nie przesądza o wysokości wynagrodzenia, pozostawiając to uzgodnieniom między stronami. Strony zwyczajowo przy ustalaniu wysokości świadczenia uzgadniają także wysokość podatku, jednak nie oznacza to, iż z mocy prawa wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia.

Uwzględniając powołany powyżej cywilistyczny charakter oferty, a tym samym i wskazanej w niej ceny obejmującej podatek od towarów i usług, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego o obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek podatkowych w złożonych ofertach. W ocenie Izby brak jest podstaw do przypisania Zamawiającemu takiego obowiązku czy nawet uprawnienia. Byłoby to bowiem przypisanie podmiotom prowadzącym postępowania o zamówienie publiczne kompetencji przysługujących wyłącznie organom podatkowym. Podkreślić należy, że nie tylko przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania prawidłowości obliczenia podatku. Również przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie do umów o zamówienia publiczne, nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia błędów o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP/260/10, *przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 pkt 13*

i art. 14 Pzp). Ponadto niezależnie od zastosowanej w ofercie przez wykonawców stawki podatku od towarów i usług w trakcie oceny ofert porównywana jest zawsze cena brutto, którą następnie zamawiający obowiązany będzie zapłacić, a która, niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym, pozostaje, co do zasady, niezmienna w całym okresie realizacji zamówienia. Jednocześnie zawarta umowa cywilnoprawna nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona nie jest dotknięta w tym zakresie sankcją nieważności. Przyjmując za punkt wyjścia porównywane w trakcie postępowania (i płacone w trakcie realizacji umowy) ceny brutto, ryzykiem wykonawcy, zarówno w odniesieniu do rzeczywistych stawek podatku od towarów i usług, które będzie musiał zastosować i odprowadzić od uzyskanej ceny, jak i ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej, jest przyjęcie odpowiednich stawek podatku, natomiast dla Zamawiającego jest to okoliczność zupełnie irrelewantna.

Należy zaznaczyć, że zastosowana stawka tego podatku nie wpływa zatem w żaden sposób ani na wynik oceny ofert, ani na ponoszone przez Zamawiającego koszty realizacji zamówienia. Zamawiający, dokonując oceny ofert bierze pod uwagę ceny ofertowe brutto, a więc wykonawca nie może – stosując inną stawkę niż wynikająca z obowiązujących przepisów – wpłynąć na swoją pozycję w rankingu ofert. Zatem fakt zastosowania określonej stawki nie ma wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Co więcej, zaoferowana cena brutto wiąże wykonawcę i pozostaje niezmienna w toku realizacji zamówienia, niezależnie od jego rozliczeń z organami podatkowymi, nie stwarza więc żadnego ryzyka po stronie Zamawiającego.

Uwzględnić należy również, że przepisy prawa podatkowego przemawiają za przyjęciem tezy, iż ustalenie wysokości podatku od towarów i usług obejmujące także wybór stawki, należy wyłącznie do wykonawcy. Obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, a w konsekwencji zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług spoczywa na wykonawcy (podatniku – na gruncie przepisów prawa podatkowego). To na wykonawcy (na gruncie prawa podatkowego: podatniku podatku od towarów i usług, a zarazem wystawcy faktury) ciąży obowiązek prawidłowego ustalenia stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do dokonywanej transakcji. W myśl bowiem art. 103 ustawy o VAT podatnicy oraz inne podmioty wystawiające faktury są obowiązani, bez wezwania naczelnika urzędu skarbowego, do obliczania i wpłacania podatku w ustalonych terminach na rachunek urzędu skarbowego. Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005r. w sprawie trybu udzielania informacji dotyczących standardów klasyfikacyjnych (Dz.Urz. GUS z 2005 r., Nr 1, poz. 11), stanowi, że zgodnie

z zasadami metodycznymi klasyfikacji, zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniami Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej. W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania, w tym rodzaju prowadzonej działalności zainteresowany podmiot może zwrócić się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego w Łodzi, który udziela informacji w zakresie stosowania niektórych standardów klasyfikacyjnych. Zatem to wykonawca składający ofertę winien w niej uwzględnić odpowiednią - jego zdaniem - stawkę podatku od towarów i usług, to on potem będzie wystawiał na rzecz Zamawiającego fakturę (lub faktury) za wykonanie zamówienia/jego części. Powyższe oznacza, że przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych).

W związku z powyższym należało stwierdzić, że Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie miał prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, aniżeli Zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Ponadto, zgodnie z art. 103 ustawy o VAT, to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie. Dlatego zamawiający, który w SIWZ nie przedstawił swoich wymagań dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki podatku od towarów i usług to na podatniku – wystawcy faktury (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz to on będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi, a także poniesie ewentualną odpowiedzialność na gruncie prawa karnego skarbowego.

Powyższe potwierdza, że Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. Właściwe do weryfikacji i przeprowadzania kontroli w tym zakresie są organy podatkowe i organy kontroli skarbowej, zaś wykonawca (podatnik) określa jedynie stawkę podatku, zgodnie z przytoczonym przepisem art. 103 ustawy o VAT (por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 987/09). Kompetencja ta nie może być domniemywana. Wynika to choćby z konstytucyjnej zasady legalizmu. Nie sposób znaleźć takiej wyraźnej podstawy w ustawie, w szczególności przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie stanowi o kognicji zamawiającego ani Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Skoro bowiem Zamawiający nie ma podstaw do określania w sposób wiążący dla podatnika stawek podatku od towarów i usług, które to uprawnienie przysługuje organom podatkowym, to również Krajowej Izbie Odwoławczej, w trybie dokonywania kontroli decyzji Zamawiającego, takie uprawnienie nie przysługuje.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w postępowaniach o zamówienia publiczne ani Zamawiający, ani organy orzekające, nie są uprawnione do rozstrzygania o prawidłowości zastosowanej stawki podatku od towarów i usług. Stanowisko odmienne, prezentowane przez Zamawiającego, jest zarówno niecelowe, nie służy bowiem ani ochronie jego interesów, ani zapewnieniu wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim nie wpisuje się w obowiązujący system prawny i jest nie do pogodzenia z założeniem racjonalności ustawodawcy.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, mogący stanowić podstawę odrzucenia oferty, odnosi się do omyłek rachunkowych lub innych błędów rzeczowych dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia, (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń) niepodlegających poprawieniu, a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie). Przyjęcie takiego stanowiska nie tylko pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest spójne z obowiązującym systemem prawnym, przypisującym poszczególnym podmiotom określone kompetencje i odpowiedzialność. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku - zgłoszonego przez pełnomocnika Odwołującego – o zasądzenie na rzecz Odwołującego kwoty 571,69 zł (słownie: pięćset siedemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych na podróż w celu złożenia odwołania. 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) nie przewiduje zwrotu kosztów za czynności nie dotyczące wprost postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

