

Sygn. akt: KIO/UZP 1709 /09

WYROK
z dnia 21 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Izabela Niedziałek - Bujak**
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Kaczmarska Patrycja**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 21.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzej Śmiałek i Janusz Naróg – Firma Budowlano – Remontowa AJ PROFIBUD Spółka Cywilna, 36-016 Chmielnik, Chmielnik 227 b** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Rzeszów, 35-064 Rzeszów, Rynek 1** protestu z dnia 23 października 2009 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Budowlane „PROFBUD” Sp. z .o.o., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Andrzej Śmiałek i Janusz Naróg – Firma Budowlano – Remontowa AJ PROFIBUD Spółka Cywilna, 36-016 Chmielnik, Chmielnik 227 b
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Andrzej Śmiałek i Janusz Naróg – Firma Budowlano – Remontowa AJ PROFIBUD Spółka Cywilna, 36-016 Chmielnik, Chmielnik 227 b.**

- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....)~~
~~przez na rzecz,~~
~~stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu~~
~~.....~~

- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Andrzej Śmiałek i Janusz Naróg – Firma Budowlano – Remontowa AJ PROFIBUD Spółka Cywilna, 36-016 Chmielnik, Chmielnik 227 b.**

Uzasadnienie

Odwołujący – Andrzej Śmiałek i Janusz Naróg Firma Budowlano-Remontowa AJ Profibud s.c. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku socjalnego przy ul. Strzelniczej zarzucił Zamawiającemu, którym jest Gmina Miasto Rzeszów, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez odrzucenie jego oferty, co powoduje niemożność uzyskania przez Odwołującego zamówienia, mimo iż jego oferta zawierała najniższą cenę oraz naruszenie postanowień SIWZ polegające na przyznaniu Odwołującemu niewłaściwej liczby punktów.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty i czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności wyboru oferty i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że jego oferta została odrzucona z powodu błędów w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Błąd ten wg Zamawiającego polega na zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT 7% w odniesieniu do całości zadania, z pominięciem właściwej dla części zadania stawki 22% VAT. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw sprawdzenia poprawności obliczania ceny, gdyż stawka VAT

nie była wskazana w ofercie. Wskazał, że postanowień SIWZ wynika, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest ryczałt. Wskazał na przepis art. 88 ust. 1 pkt 3 sprzed nowelizacji, zgodnie z którym podana cena ryczałtowa jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia i zauważył, że zasada ta utrzymała się w praktyce także w obecnym stanie prawnym, tym bardziej, że art. 87 ust. 2 ustawy nie wyklucza takiego wniosku.

Wskazał, że zgodnie z art. 103 ustawy o podatku towarów i usług to na wystawcy faktury ciąży obowiązek właściwego uregulowania podatku VAT i to on odpowiada za jego naliczenie i przekazanie urzędowi skarbowemu, zaś po stronie Zamawiającego nie powstają z tego tytułu żadne dodatkowe obowiązki. Zamawiający zobowiązany jest jedynie do zapłacenia ceny wskazanej w ofercie i nie ma możliwości podwyższenia wynagrodzenia. Wskazał na wyrok KIO/UZP 1514/08, SO w Koszalinie VII Ca 881/2005 oraz KIO/UZP 193/09. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący stwierdził, że błędne obliczenie stawki podatku VAT nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w świetle postanowień ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zauważył, że z matematycznego punktu widzenia to Odwołujący poniesie stratę, gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami będzie musiał zafakturować część robót po wyższej stawce (22%) i „zmieścić się” w podanej kwocie brutto. Nie ma więc mowy o pokrzywdzeniu tym sposobem innych uczestników postępowania. Stwierdził, że odmienna sytuacja zachodziłaby, gdyby dany przedmiot zamówienia podlegał w całości 7% stawce VAT, a wykonawca wskazałby 22%.

Odwołujący zaznaczył, że jedynym kryterium wyboru była cena, a jego oferta była najkorzystniejszą.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nakazuje odrzucić ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny, przy czym ustawodawca nie wskazuje na rodzaj wynagrodzenia warunkujący zastosowanie przepisu. Zamawiający dokonał analizy przepisów oraz zasad stosowania obniżonej 7% stawki podatku od towarów i usług obowiązujących w odniesieniu do ofert składanych w niniejszym postępowaniu wskazując, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym należało przyjąć 7% stawkę podatku VAT dla robót budowlanych, natomiast zastosować 22% stawkę podatku VAT dla infrastruktury towarzyszącej. Stwierdził, że uznanie za prawidłową cenę z wadliwie naliczoną stawką VAT (mniejszą niż wymagana ustawowo) narusza interes innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu i jako sprzeczna z prawem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący do postępowania – Przedsiębiorstwo Budowlane „PROFBUD” sp. z o. o. w Rzeszowie wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że poprawność ustalenia ceny ofertowej przy uwzględnieniu obowiązujących stawek podatku VAT ma istotne i bezpośrednie znaczenie. Wskazał, że jego oferta nie zawiera błędów co do obowiązujących

stawek podatku. Odmienna ocena polegająca na uznaniu dowolności w ustalaniu stawek podatku na etapie określania ceny ofertowej spowoduje utratę oceny jego oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

W świetle dokumentacji postępowania, w tym postanowień SIWZ oraz wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji niesporne jest ustalenie, że cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową, czyli stosownie do nomenklatury kodeksu cywilnego, przewiduje się ryczałtowe wynagrodzenie wybranego wykonawcy.

Izba stwierdziła także, że w SIWZ nie wskazano obowiązującej stawki podatku od towarów i usług, jaką należy zastosować przy ustalaniu ceny oferty. Stawka podatku VAT, jak zauważa Odwołujący, nie była również wskazana w ofercie. W tym miejscu należy jednak stwierdzić, że w wypełnionym formularzu ofertowym wykonawca podał cenę (nazwaną ceną brutto), podatek VAT oraz cenę netto. Te trzy wielkości zostały wyrażone kwotowo.

Oceniając stanowisko Odwołującego, czy w tak ustalonym stanie faktycznym Zamawiający miał prawo sprawdzenia poprawności obliczenia ceny, należy stwierdzić, co następuje.

W systemie zamówień publicznych cena jest istotnym obligatoryjnym kryterium oceny ofert (art. 91 ust. 2 ustawy), a ocena poprawności ceny ofertowej stanowi obowiązek Zamawiającego. Wskazuje na to np. przepis art. 90 ust. 1 ustawy zobowiązujący Zamawiającego do wyjaśnienia kwestii, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, lub przepis zastosowany w niniejszym postępowaniu, nakazujący odrzucić ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Oczywiście jest, że wskazane wyżej decyzje Zamawiający podejmuje po uprzednim badaniu sposobu ustalenia ceny. Należy przy tym zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym ustawodawca nie uzależnia czynności oceny ofert od charakteru ceny (ryczałtowej lub kosztorysowej). Tym samym twierdzenie o braku podstaw sprawdzenia poprawności obliczenia ceny jest nieuzasadnione.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał takiego sprawdzenia poprzez arytmetyczne porównanie kwot podanych w ofercie i na tej podstawie ustalił, że wykonawca zastosował jednolitą stawkę podatku od towarów i usług na poziomie 7%, dla całości zadania. Okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował.

Stwierdzić należy, że ocena, czy wykonawca dokonując obliczenia ceny, uwzględnił obowiązujące przepisy prawa w zakresie obligatoryjnych czynników cenotwórczych, a takim są przepisy określające stawki podatku VAT, ma istotne znaczenie w toku badania i oceny ofert. Stosownie bowiem do art. 3 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050 ze zm.) cena zawiera w sobie właściwy podatek

VAT, co oznacza, że przyjęcie niewłaściwej stawki i w konsekwencji kwoty podatku, skutkuje niewłaściwym obliczeniem ceny.

W ocenie składu orzekającego ustalenie, że Odwołujący nieprawidłowo zastosował jednolitą preferencyjną stawkę podatku od towarów i usług uzasadnia twierdzenie, że oferta przez niego złożona zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Izba nie znajduje tym samym podstaw do zastosowania w stosunku do oferty Odwołującego przepisu art. 88 ust. 2 ustawy normującego zasady poprawiania omyłek w ofercie uznając, że w rozpatrywanej sprawie wykonawca popełnił błąd. Skład orzekający podziela tym samym stanowisko, iż z „błędem w cenie” mamy do czynienia w sytuacji błędnego zastosowania stawki VAT, np. 7% zamiast 22%, które to stawki powinny być przyjęte przez wykonawcę w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego.(por. „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, red. J. Sadowy, W-wa 2008, s. 118).

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku sprawy.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....