

**Sygn. akt: KIO 270/12**

**WYROK**  
**z dnia 20 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2012 r. przez wykonawcę Dariusza Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUK – DAR Dariusz Skawiński w Czerminie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Mielec

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu, PUHP DOM – EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miejskiej Mielec unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Dariusza Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUK – DAR Dariusz Skawiński w Czerminie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Mielec i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Dariusza Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUK – DAR Dariusz Skawiński w Czerminie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Mielec na rzecz Dariusza Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUK – DAR Dariusz Skawiński w Czerminie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Tarnobrzegu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Miejska Mielec - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest remont Parku Inwalidów Wojennych położonego przy ul. Staszica, poprawa bezpieczeństwa i estetyki ul. Połanieckiej i ul. 3-go Maja oraz rewitalizacja terenów zielonych pomiędzy ul. Rzeczną a wałami w ramach zadania pn. Przywrócenie historycznej funkcji centrum handlowo-rekreacyjnego miasta Mielca zabytkowemu Śródmieściu z rynkiem i Bazyliką Mniejszą św. Mateusza.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 stycznia 2012 r., pod numerem 1133. Wartość zamówienia jest niższa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

3 lutego 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu, PUHP DOM – EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu oraz o odrzuceniu oferty Dariusza Skawińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRUK – DAR Dariusz Skawiński w Czerminie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający uznał, że oferta Dariusza Skawińskiego zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, które są opodatkowane stawką 8% zgodnie z pkt 176 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, a cena oferty uwzględniała jednolitą stawkę VAT 23%.

Dariusz Skawiński wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny;
2. art. 89 ust 1 pkt 1 i 6 Pzp w związku z art. 42 ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług przez ich nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty;
3. art. 91 ust 1 Pzp przez dokonanie oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty bez uwzględnia oferty odwołującego;

4. art. 82 Pzp przez kwestionowanie przez zamawiającego, iż przedmiot oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej również „specyfikacją”.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności oceny ofert, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zamówienie nie obejmuje usług związanych z zagospodarowaniem terenu zieleni opodatkowanych stawką VAT 8%, gdyż zakres przedmiotowy zamówienia opisany kodami CPV dotyczy robót budowlanych opodatkowanymi stawką podstawową VAT. Podniósł, że zarówno na podstawie słownego opisu przedmiotu zamówienia, jak i w „Rozwiązaniach projektowych” opracowanych przez firmę „ARCHISSTUDIO PROJEKT”, brak jest możliwości przyjęcia, iż zamawiane roboty mogą być w jakimkolwiek zakresie uznane za usługi.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu, PUHP DOM – EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu 13 lutego 2012 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający podnosił zarzut braku interesu po stronie odwołującego. Wskazał, że uwzględnienie odwołania spowoduje konieczność ponowienia badania i oceny ofert również innych wykonawców, którzy zastosowali jednolitą stawkę VAT 23%, co spowoduje przesunięcie terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oświadczył, że posiadana przez niego decyzja administracyjna pozwala na wycinkę drzew w okresie do 29 lutego i od 1 października, a realizacja zamówienia w odpowiedniej części wymagana jest w postanowieniach umowy do 31 sierpnia 2012r. Wobec powyższego uwzględnienie odwołania spowoduje konieczność unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych ukształtował się pogląd, iż interes odwołującego nie może wyrażać się w unieważnieniu postępowania. Istotą wnoszenia środków ochrony prawnej jest bowiem

uzyskanie zamówienia w konkretnym postępowaniu, z czym unieważnienie postępowania jest sprzeczne.

Odwołanie wykonawcy, który nie wykazał przesłanki interesu podlega oddaleniu, bez konieczności rozpoznawania podniesionych zarzutów. Jednak przesłanki umożliwiające rozpoznanie odwołania co do istoty, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, badane są w odniesieniu do zarzutów odwołania, w dalszej kolejności w odniesieniu do skutków zakładanych przez odwołującego się wykonawcę, a nie zaś przez pryzmat zakładanego przez zamawiającego wpływu uwzględnienia odwołania na dalszy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie miała wątpliwości, że celem, który przyświecał odwołującemu, było przywrócenie go do udziału w postępowaniu, doprowadzenie do oceny jego oferty. Odwołujący ani w treści odwołania, ani na rozprawie nie żądał unieważnienia postępowania. Sam fakt, że zamawiający przewiduje unieważnienie postępowania nie może doprowadzić do odmowy rozpoznania zarzutów odwołania i odmowy ochrony praw wykonawców w postępowaniu.

Izba uznała nadto, że w okolicznościach sporu, konieczność unieważnienia postępowania ma jedynie hipotetyczny charakter.

Po pierwsze: zamawiający nie przedstawił powoływanej przez siebie decyzji. Nie zaprzeczył też twierdzeniom odwołującego co do możliwości uzyskania z zmieniającej ustalone terminy decyzji indywidualnej Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Rzeszowie.

Po drugie: podnoszona przez zamawiającego istotność terminów zawartych we wzorze umowy skutkująca brakiem możliwości ich zmiany, wynika – jak wynika z oświadczenia zamawiającego wyłącznie z terminów zawartych w decyzji;

Po trzecie: podmioty, których oferty zamawiający odrzucił, a które tej czynności nie zakwestionowały przez wniesienie odwołania, zrezygnowały z ubiegania się o udzielenie zamówienia i utraciły status wykonawcy. Zamawiający winien powtórzyć czynność badania i oceny ofert jedynie wobec wykonawców, którzy w dacie powtarzania czynności ubiegają się o udzielenie zamówienia.

Reasumując, Izba uznała, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, spełnił przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, grozi poniesieniem przez niego szkody.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty i uznała je za zasadne.

Istotę sporu stanowi odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011r. (III CZP 52/11) potwierdziła ukształtowany w dotychczasowym orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym, podanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty uzasadniający odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Sąd Najwyższy uznał,

że zamawiający zobowiązany jest do badania prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT i do odrzucenia oferty wykonawcy, który do obliczenia ceny oferty przyjął stawkę nieprawidłową.

W informacji z 8 lutego 2012 r. zamawiający przyznał, że roboty budowlane największy udział w zamówieniu.

Wskazać należy, zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie zarówno odnoszącym się do zamówień publicznych, jak i w sprawach podatkowych, że jeśli przedmiot postępowania stanowi jedno świadczenie, jedną całość z ekonomicznego punktu widzenia, to winien być traktowany jako jedna czynność, która nie powinna być dzielona w sposób sztuczny, wyłącznie do celów podatkowych. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 9 czerwca 2006 roku (sygn. akt. II Ca 642/06, niepubl) wywiódł, że jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter.

Przyjmuje się natomiast, że jeżeli dana czynność ma charakter samoistny, nie służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej uzasadnione jest stosowanie zróżnicowanych stawek podatku.

Bezspornie wykonawca zobowiązany jest do zastosowania, dla obliczenia ceny oferty, właściwej stawki podatku – zgodnej z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni są opodatkowane stawką 8% zgodnie z pkt 176 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Przyporządkowanie właściwej stawki do poszczególnych elementów świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca składający ofertę, następuje jednak na podstawie dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Właściwa stawka podatku od towarów i usług winna być ustalona na podstawie postanowień specyfikacji, której treść powinna zawierać elementy dające podstawy do ewentualnego zastosowania dla obliczenia ceny oferty różnych stawek.

Na podstawie dowodu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia wyłącznie za pomocą dokumentów przewidzianych w art. 31 Pzp dla zamówień na roboty budowlane – dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Przedmiot zamówienia dotyczy trzech elementów określonych jako remont Parku Inwalidów Wojennych, rewitalizacja terenów zielonych przy ul. Rzecznej oraz poprawa estetyki i bezpieczeństwa ul. Połanieckiej i ul. 3 Maja. W § 1 ust. 3 wzoru umowy zamawiający, w odniesieniu do części dotyczącej rewitalizacji terenów zielonych, używa określenia budowa terenu rekreacji i odpoczynku wraz z placem zabaw przy ul. Rzecznej. Z opisu wynika, że ta część zamówienia zawiera roboty budowlane w tym roboty ziemne - ukształtowanie terenu (niwelacja), budowę bieżni rekreacyjnej, obiektów małej architektury itd. W załączniku nr 10 do

specyfikacji w pozycji nr 4 zamawiający użył wprawdzie sformułowania „zagospodarowanie terenów zielonych przy ul. Rzecznej”, cała rubryka nosi jednak nazwę wyszczególnienie robót. Izba podzieliła pogląd odwołującego, że zarówno w słownym opisie przedmiotu zamówienia, jak i tym dokonany za pomocą kodów CPV, nie sposób doszukać się wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni. Kody CPV zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp są obligatoryjnie używane przez zamawiających do opisu przedmiotu zamówienia i jakkolwiek nie przesądzają o kwalifikacji podatkowej przedmiotu zamówienia lub jego elementów, to zastosowanie danego kodu może stanowić dla wykonawcy, wespół z innymi elementami opisu przedmiotu zamówienia, źródło informacji użytecznej dla zastosowania właściwej stawki podatku.

Również formularz ofertowy nie daje podstaw do wydzielenia z całościowego przedmiotu zamówienia usług, które podlegałyby oddzielnej kwalifikacji podatkowej. Nadto w wykaz wymaganym w pkt VI.3.1. specyfikacji w celu wykazania przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający analogicznie jak w przypadku opisu warunku w pkt V.1.2) specyfikacji wymagał wykazu wykonanych robót budowlanych obejmujących zagospodarowanie terenów rekreacyjnych obejmujących m.in. uporządkowanie i nowe założenie na terenach zieleni i nie wymagał wskazywania doświadczenia w zakresie wykonanych usług.

Specyfikacja nie daje podstaw do stosowania zróżnicowanych stawek podatku VAT.

Powoływane przez zamawiającego odpowiedzi na pytania z 12 lutego 2012r. nie zmieniają prezentowanej oceny, odnoszą się do czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, zawartych we wszystkich trzech elementach przedmiotu zamówienia i nie wskazują w żaden sposób na konieczność ich wyodrębnienia w sposób uzasadniający zastosowanie stawki VAT 8%.

W postępowaniu złożono 10 ofert, z których 7 zawierało cenę obliczoną z zastosowaniem jednolitej stawki VAT 8%. Wszystkie te oferty, w tym oferta odwołującego, zostały odrzucone przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Na podstawie dowodu z trzech nieodrzuconych ofert Izba ustaliła, a zamawiający potwierdził to na rozprawie, że dwie oferty - Palmett -Markowe Ogrody s.c. oraz Samson Sp. z. o. o. uwzględniły VAT 8 % do obliczenia ceny oferty we wszystkich trzech elementach przedmiotu zamówienia, natomiast oferta przystępującego zawierała VAT 8% jedynie w dwóch lokalizacjach.

Wszystkie te oferty zamawiający uznał za niepodlegające odrzuceniu, a na rozprawie oświadczył, że nie jest uprawniony do badania prawidłowości zastosowanej stawki podatku.

Oświadczenie to stanowi rażącą sprzeczność w stanowisku zamawiającego, który z jednej strony bada w ofertach wykonawców zastosowane stawki VAT i na tej podstawie dokonuje odrzucenia ofert prezentujących stawkę jednolitą, z drugiej natomiast przyjmuje oferty

zawierające zróżnicowane stawki uchylając się od badania podstaw ich rozbieżnego zastosowania.

Odrzucenie oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem wyższej jednolitej stawki VAT i arbitralne uznanie za poprawne ofert zawierających zróżnicowane stawki podatku zastosowane w rozbieżny sposób jest nieprawidłowe - godzi w cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, przeczy zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Izba uznała, że całość przedmiotu zamówienia należy uznać za roboty budowlane, a zastosowanie przez odwołującego jednolitej, podstawowej stawki VAT 23% nie stanowi błędu w obliczeniu ceny oferty uzasadniającego odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W postępowaniu odwoławczym przy rozpoznaniu odwołania wykonawcy, którego oferta została odrzucona, ciężar dowodu zaistnienia przesłanek zwartych w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp spoczywa na zamawiającym. Zamawiający bowiem ze swoich twierdzeń, że zastosowana została błędna stawka VAT wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty (art. 190 ust. 1 Pzp).

Zamawiający nie wykazał podstaw odrzucenia oferty odwołującego i naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, co ma wpływ na wynik postępowania.



Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie, orzekając jak w pkt 1 sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz dojazdu na posiedzenie na podstawie rachunku oraz biletów przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....