

Sygn. akt: KIO 2503/11

**WYROK**  
**z dnia 5 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki  
Dagmara Gałczewska-Romek  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2011 r. przez Firmę "**ROKOM**" **Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna z siedzibą w Kamiennej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Boguszów-Gorce**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Boguszów-Gorce** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Firmę "**ROKOM**" **Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna z siedzibą w Kamiennej Górze** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminy Miasto Boguszów-Gorce** na rzecz Firmy "**ROKOM**" **Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna z siedzibą w Kamiennej Górze** kwotę **14.704 zł 84 gr** (słownie: czternaście tysięcy siedemset cztery złote osiemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Boguszów-Gorce – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Renowację wielorodzinnego budynku mieszkalnego przy ul. Żeromskiego 35 w Boguszowie-Gorcach*.

W dniu 23 listopada 2011 r. wykonawca – Firma "ROKOM" Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów Zabytkowych H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna (dalej: ROKOM) – wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego ofert, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust 1 pkt 6, art. 91 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący kwestionuje ocenę Zamawiającego, jakoby w złożonej przez niego ofercie przyjęta została błędna stawka podatku VAT.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 5 SIWZ cena ofertowa powinna być wynikiem sumy kosztorysu ofertowego, a ewentualne pomyłki zawarte w kosztorysach mające wpływ na cenę, a także błędnie naliczony podatek VAT – stanowią ryzyko wykonawcy. Odwołujący przed upływem terminu składania ofert zwrócił się do Zamawiającego o wskazanie, które z elementów wchodzących w zakres zadania winny być objęte stawką 8 % a które 23%. Zamawiający w wyjaśnieniach z 3 listopada 2011 roku wskazał, że *za prawidłowe, zgodne z ustawą o Podatku od Towarów i Usług, zastosowanie stawki podatku VAT odpowiada wystawiający fakturę Wykonawca*.

Odwołujący podniósł niewskazanie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty, co uniemożliwia polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazał jednak, że niezależnie od tego Zamawiający niewłaściwie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że postanowień pkt 5 SIWZ nie można utożsamiać z opisem sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ), gdyż obliczenie ceny, to nie to samo, co jej podanie. Obliczenie jest procesem rachunkowym, zaś podanie sprowadza się do napisania w odpowiedniej pozycji formularza ofertowego oferowanej ceny. Można się domyślać, że Zamawiający uznał, iż w ofercie Odwołującego jest podana co do pewnego zakresu rzeczowego błędna stawka podatku VAT. Nawet gdyby tak było, to stanu tego nie sposób uznawać za błąd w obliczeniu ceny oferty, gdyż w SIWZ nie wskazano, jak ta cena ma być obliczona.

Powołując się na definicję ceny określoną w ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach Odwołujący podniósł, że kwota, która jest uwzględniana przy wszelkiego rodzaju

rozliczeniach pomiędzy kontrahentami, a tym samym w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym, stanowi kwotę brutto. Wskazał również na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2005 r. (sygn. akt IV CK 88/05), w którym stwierdzono, że cena „do zapłaty” zawiera w sobie podatek, kształtujący jej wysokość. Nie przesądza to ekonomicznego wyniku transakcji, ponieważ cena netto poza szczególnymi wypadkami (ceny regulowanej) ma charakter umowny i może być dowolnie kształtowana, nawet ze stratą podatnika.

Przyjęcie do wyliczenia ceny oferty innej stawki podatku VAT nie stanowi – zdaniem Odwołującego – podstawy do uznania iż mamy do czynienia z błędem w wyliczeniu ceny. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lipca 2010 r. (KIO 1280/10), w którym Izba uznała, 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), a zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli przez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał również, że Izba uznała za niedopuszczalne prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność prawidłowej bądź nie stawki podatku od towarów i usług w oparciu o złożone interpretacje prawa podatkowego i uzależnianie od wyniku tak dokonanego "postępowania dowodowego" rozstrzygnięcia kwestii poprawności decyzji zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu zastosowania nieprawidłowej, jego zdaniem, stawki podatku od towarów i usług. Odwołujący powołał się również na wyroki KIO/UZP 629/10 oraz KIO 1053/10, w świetle których, że przyjęcie zastosowana stawka podatku VAT nie stanowi błędów w obliczeniu ceny, uzasadniającego odrzucenie oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż błędne podanie stawki podatku VAT nie stanowi błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu tego przepisu. Nie bez znaczenia jest też treść wyjaśnienia Zamawiającego z 3 listopada 2011 r., z którego wprost wynika, że ryzyko przyjęcia właściwej stawki podatku VAT obciąża wykonawców na etapie wystawiania faktur. Zapis ten, zdaniem Odwołującego, wprost wskazuje, że dla Zamawiającego ustalenie stawek podatku VAT na etapie postępowania przetargowego nie miało jakiegokolwiek znaczenia. Wywodzenie zatem na etapie oceny ofert z tego faktu negatywnych skutków wobec Odwołującego nie jest dopuszczalne.

Odwołujący podniósł ponadto, że nie do zaakceptowania jest również stan, w którym stanowisko Zamawiającego nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający w sumie z tej samej podstawy prawnej odrzucił 9 ofert. W stosunku do żadnej z nich nie wiadomo dlaczego, przez co nie sposób podjąć z Zamawiającym merytorycznej polemiki.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

W punkcie 5 SIWZ Zamawiający postanowił m.in., że wynagrodzenie wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu będzie miało charakter ryczałtowy bez możliwości waloryzacji (ppkt 1) oraz że błędnie naliczony podatek VAT stanowi ryzyko wykonawcy (ppkt 4). Zgodnie z wzorem formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ), w ofercie należało podać kwotę wynagrodzenia netto, kwotę podatku VAT oraz kwotę brutto.

W dniu 31 października 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z następującym wnioskiem: *Prosimy o wskazanie zgodnie z art. 146 ustawy o podatku od towarów i usług, które z elementów wchodzące w zakres zadania będą miały stawkę VAT 8%, a które 23%. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że: za prawidłowe, zgodne z ustawą o podatku od towarów i usług zastosowanie stawki podatku VAT odpowiada wystawiający fakturę Wykonawca.*

Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie w kwocie netto 913.360,86 zł, kwotę podatku VAT określił na kwotę 76046,26 zł, co dało kwotę brutto 989.407,12 zł.

W *Zestawieniu kosztorysów* (str. 55 oferty) Odwołujący podał następujące dane:

- 1) Kosztorys wielobranżowy:
  - kwota netto 817.605,76 zł, 8% VAT – 65.408,46 zł, kwota brutto 883.014,22 zł,
  - kwota netto 19.849,28 zł, 23% VAT – 4.565,33 zł, kwota brutto 24.414,61 zł
- 2) Dodatkowa karta przedmiaru: kwota netto 24.348,06 zł, 8% VAT – 1.947,84 zł, kwota brutto 26.295,90 zł,
- 3) Roboty elektryczne: kwota netto 51.557,76 zł, 8% VAT – 4.124,62 zł, kwota brutto 55.682,38 zł.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował o odrzuceniu 10 ofert (w tym oferty Odwołującego) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

Pzp, wskazując, że w obliczeniu ceny oferty zastosowano nieprawidłową stawkę podatku VAT. Zamawiający nie podał, które elementy przedmiotu zamówienia zostały wycenione z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT oraz jaką stawkę, zdaniem Zamawiającego, należało zastosować.

Dopiero po otrzymaniu kopii odwołania, w dniu 22 listopada 2011 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej *Zestawienie oceny kosztorysów ofertowych (stawka VAT)*, w którym, w odniesieniu do oferty Odwołującego wskazał: *Zastosowano niewłaściwą stawkę VAT dla zakresu: zagospodarowanie terenu, przyłącze wodociągowe, przyłącze kanalizacji sanitarnej, przyłącze kanalizacji deszczowej*. Natomiast według oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, błędne stawki zostały zastosowane w odniesieniu do robót wymienionych na str. 78 oferty oraz str. 73 w poz. Kosztorysu od 413 do 418, gdzie Odwołujący przyjął stawkę 8%, zamiast 23%.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stanęła na stanowisku, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy Pzp przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku przetargu, podał jedynie podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Za uzasadnienie faktyczne zdecydowanie nie można uznać wskazania, że przyczyną odrzucenia oferty było

zastosowanie błędnej stawki podatku VAT, Zamawiający nie podał bowiem zakresu elementów przedmiotu zamówienia, których cena została obliczona jego zdaniem z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku, nie wskazał, jaka stawka jest prawidłowa i nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swojej tezy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11) *uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie*. Teza przedstawiona w uzasadnieniu ww. wyroku w pełni odnosi się również do czynności odrzucenia oferty.

Nie jest również wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opublikowanie na stronie internetowej *Zestawienia kosztorysów ofertowych*. Informacja taka nie spełnia żadnego z wymogów wynikających z ustawy, tj.: nie została przekazana wykonawcom indywidualnie, równocześnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jedynie zamieszczona na stronie internetowej, dopiero po otrzymaniu przez Zamawiającego kopii odwołania, ponadto nie wskazuje wystarczająco precyzyjnie elementów przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do których przyjęto błędną stawkę ani uzasadnienia stanowiska Zamawiającego. Dodatkowo, nie jest to informacja tożsama z przedstawioną przez Zamawiającego na rozprawie.

Tym bardziej ustawowych wymogów w zakresie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty nie spełnia ustne poinformowanie wykonawcy o przyczynach odrzucenia, dokonane przy okazji udostępnienia do wglądu dokumentacji przetargowej, o czym poinformował Zamawiający na rozprawie.

W związku z nieprzekazaniem przez Zamawiającego przedmiotowych informacji, Odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy co do faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty, w konsekwencji – jak wskazał w odwołaniu – nie miał możliwości podjęcia merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Brak uzasadnienia faktycznego pozbawił wykonawcę możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji Zamawiającego oraz możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. Gdyby Odwołujący miał pełną wiedzę co do podstaw czynności odrzucenia oferty, mógłby się do nich rzeczowo odnieść, nie wiadomo również, czy w ogóle zdecydowałby się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Ponadto, nie tylko wnosząc odwołanie wykonawca pozbawiony był możliwości pełnego ustosunkowania się do dokonanej przez Zamawiającego oceny. Polemika z tą

oceną była znacznie utrudniona również podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, trudno bowiem oczekiwać, aby Odwołujący, poznając szczegółowe stanowisko Zamawiającego dopiero na rozprawie (jak wskazano powyżej, stanowisko to różniło się od informacji opublikowanej na stronie internetowej), był w pełni przygotowany do obrony swojej oferty.

Podkreślić należy, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. W okolicznościach niniejszej sprawy wywnioskowanie przez Odwołującego, jakiej oceny w odniesieniu do przyjętej stawki podatku VAT dokonał Zamawiający, było wręcz niemożliwe, ze względu na złożoność przedmiotu zamówienia oraz fakt, że ani w formularzu oferty, ani w załączonych do oferty kosztorysach nie było wymagane wskazanie stawki podatku VAT (w ofercie należało podać jedynie kwotę tego podatku w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia). Odwołujący wskazał przyjęte stawki podatku jedynie w zestawieniu kosztorysów, jednak bez dokładnego określenia, których pozycji poszczególnych kosztorysów dotyczą. Zamawiający, aby ustalić stawki przyjęte przez Odwołującego, dokonał własnych obliczeń, co obarczone jest pewnym ryzykiem błędu. Jednakże przyjmując nawet, że obliczenia te były prawidłowe, Zamawiający miał obowiązek wyczerpującego poinformowania wykonawcy o poczynionych ustaleniach.

Z uwagi na powyższe, odwołanie podlega uwzględnieniu, niezależnie od prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny w zakresie stawek podatku od towarów i usług. Mimo sformułowania w treści odwołania zarzutów kwestionujących zasadność odrzucenia oferty, Izba uznała je za przedwczesne, wobec wadliwie sporządzonej przez Zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty. Dopiero należyście uzasadniona czynność odrzucenia, dająca wykonawcy pełną wiedzę na temat stanowiska Zamawiającego, podlegać może ocenie pod kątem merytorycznej zasadności.

Podzielając stanowisko wyrażone m.in. w wyrokach KIO 1658/11 oraz KIO 1761/11, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający po powtórzeniu czynność oceny ofert, winien szczegółowo poinformować o jej wyniku (w przypadku podtrzymania wcześniejszego stanowiska co do stawki podatku VAT – precyzyjnie określić, poprzez wskazanie konkretnych pozycji kosztorysu, do których elementów zamówienia przyjęto błędną stawkę, jaka stawka zdaniem Zamawiającego jest prawidłowa i dlaczego), a od otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji rozpocznie bieg termin na wniesienie odwołania co do merytorycznej zasadności odrzucenia oferty.



Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....