

WYROK
z dnia 26 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **Perola Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**; w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **43 Oddział Wojskowy Gospodarczy w Świątoszowie**; przy udziale wykonawcy: **R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CYPRYS R. R. z siedzibą w Koźuchowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

postanawia:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Perola Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawcy: **R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CYPRYS R. R. z siedzibą w Koźuchowie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

43 Oddział Wojskowy Gospodarczy w Świątoszowie (dalej: zamawiający) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych na terenie obiektów administrowanych przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy”; nr sprawy: 56/PN/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Zamówienie zostało podzielone na 10 części. Przedmiotem części 8 zamówienia było: sprzątanie powierzchni zewnętrznych utwardzonych, w tym dróg, chodników, placów oraz utrzymanie terenów zielonych Grupy Zabezpieczenia (GZ) nr 3 w m. Żagań - Sekcja Obsługi Infrastruktury (SOI) w m. Żagań, m. Marszów i m. Potok.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843) - dalej: „ustawa Pzp”. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W dniu 2 września 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 170-411732.

W postępowaniu, 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **Perola Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (dalej: odwołujący), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnych z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań czynności do których był zobowiązany w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego oraz wskutek wyboru wykonawcy, który nie zaoferował najkorzystniejszej ceny, a co za tym idzie, nie uzyskał największej ilości punktów;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z w art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885) - dalej „ustawa o finansach publicznych”, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, a to poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 91 ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych, w szczególności wskutek wyboru oferty wykonawcy, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ww. przepisów oraz kryteriów zawartych w SIWZ;

3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie - w przypadku uznania, iż oferta odwołującego wymaga wyjaśnień dotyczących jej treści w zakresie ceny - uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
4. art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie - w przypadku uznania, iż oferta odwołującego zawiera inne oczywiste omyłki lub oczywiste omyłki rachunkowe - poprawienia przez zamawiającego stwierdzonych innych oczywistych omyłek lub oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 ustawy Pzp;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść jego oferty nie zawierała błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu przywołanego przepisu, zaś inne omyłki lub omyłki rachunkowe w niej występujące winny zostać skorygowane zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 lub pkt 2 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
2. unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawy innych oczywistych omyłek lub oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że 29 listopada 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CYPRYS R. R. z siedzibą w Koźuchowie (dalej również „przystępujący” lub „Cyprys”) w niniejszym postępowaniu w części nr 8, a nadto odrzucił ofertę odwołującego oraz powiadomił o tej czynności wykonawców.

Odwołujący uważa, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe i nie znajduje uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, ani w przepisach ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 106) - dalej jako „ustawa o VAT” ani w orzecznictwie KIO, i to zarówno w przypadku posłużenia się wykładnią literalną jak i wykładnią funkcjonalną.

W pierwszej kolejności wskazał, iż zgodnie z art. 146 ustawy o VAT, stawka 23% jest stawką podstawową, co wynika bezpośrednio z brzmienia ww. przepisu, co ponadto znajduje potwierdzenie zarówno w doktrynie, m.in. komentarz do art. 146 aa ustawy o VAT autorstwa

Tomasza Michalika (T. Michalik, VAT. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019), jak i w licznych - tj. co najmniej kilkudziesięciu - interpretacjach skarbowych dotyczących stawek podatku od towarów i usług jako takich (m.in. Interpretacja indywidualna z dnia 8 maja 2020 r. 0113-KDIP1-2.4012.94.2020.2.IR, Interpretacja indywidualna z dnia 26 czerwca 2020 r. 0111-KDIB2-3.4014.88.2020.4.BB, Interpretacja indywidualna z dnia 11 sierpnia 2020 r. 0111-KDIB3-1.4012.334.2020.2.ICZ, etc.). I tak, skoro stawka podatku VAT w wysokości 23 % jest stawką podstawową, to jej zastosowanie w każdym wypadku sprzedaży czy to towarów czy to usług należy uznać za w pełni dopuszczalne i zarazem prawidłowe, zaś aspekt racjonalności ekonomicznej stosowania stawki podstawowej przez sprzedawcę bądź dostawcę usług nie ma wpływu na fakt, iż zastosowanie stawki podstawowej jest działaniem mieszczącym się w granicach uprawnień i obowiązków podatnika podatku dochodowego od towarów i usług w świetle przepisów ustawy o VAT. Korzystanie ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podatników. W związku z tym nie można podatnikowi, a już w szczególności w sytuacjach, w których mogą zachodzić wątpliwości, co do oceny prawopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania stawki podstawowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 lipca 2018 r. sygn. akt: KIO 1299/18; wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. sygn. akt KIO 349/16). Skoro więc stosowanie stawki obniżonej jest prawem, nie zaś obowiązkiem odwołującego, a zastosowanie stawki podstawowej podatku od towarów i usług, nawet w przypadku, gdy właściwym mogłoby być zastosowanie stawki preferencyjnej, nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Skorzystanie z prawa odwołującego do stosowania stawki podstawowej, jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie może rodzić dla niego niekorzystnych następstw.

Odwołujący zauważył również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż zastosowanie stawki podstawowej VAT w sytuacji, gdy zachodziły podstawy do stosowania stawki preferencyjnej, nie stanowi błędu w obliczeniu ceny i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jak również, że w żaden sposób nie prowadzi to do zakłócenia konkurencji, należy uznać za ugruntowany. Wychodząc naprzeciw prawdopodobnemu oparciu argumentacji zamawiającego na treści uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt III CZP 52/11 i opierającego się nim orzecznictwa Izby, odwołujący przywołał pogląd zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 23 listopada 2015 r. w sprawie sygn. akt KIO 2390/15 wskazując, że w przywołanej sprawie Izba zwróciła uwagę, że przytoczone uchwały SN zostały wydane na kanwie sporu o zastosowanie stawki preferencyjnej. Ponadto uznała, że niewątpliwie uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą

konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej nie może być uznane

za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców.

Powyższe, w ocenie odwołującego, dobitnie potwierdza, że zarzut zamawiającego, iż zastosowana przez odwołującego przy obliczeniu ceny oferty, stawka podatku VAT w wysokości 23% jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami, nie znajduje uzasadnienia w tychże przepisach. Co za tym idzie, nie może zostać uznane za prawidłowe stanowisko zamawiającego, który pomimo braku wadliwości w obliczeniu ceny przez odwołującego, bezpodstawnie doszedł do wniosku, iż naruszony został przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i w związku z tym odrzucił ofertę odwołującego. W sytuacji, gdy wykonawca składający ofertę z kalkulacją ceny opartą na przyjęciu stawki podstawowej podatku VAT,

tj. 23%, niezależnie od możliwości zastosowania innej stawki preferencyjnej, zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym m.in. w wyżej powoływanych wyrokach KIO, tj. wyrokiem KIO z 17 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1299/18 oraz wyrokiem KIO z 24 marca 2016 r. sygn. akt KIO 349/16, jedyną konsekwencją, jaka jest możliwa i prawidłowa do przyjęcia jest uznanie, iż stosownie do art. 108 ust. 2 ustawy o VAT w przypadku, gdy podatnik wystawi fakturę,

w której wykaże kwotę podatku wyższą od kwoty podatku należnego, to ma obowiązek zapłacić podatek w wyższej wysokości. I nic ponadto. I tak, w wyroku KIO z 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 735/13 Izba po raz kolejny orzekła, iż korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Dalej, w wyroku z 31 marca 2014 r. sygn. akt KIO 489/14, oprócz tego że KIO ponownie ugruntowuje pogląd, iż korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem, to stwierdza jeszcze ponadto, iż w sytuacji gdy sam podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie z VAT, to aby nie narazić się na odpowiedzialność karno- skarbową, powinien zastosować stawkę podstawową.

W dalszej kolejności wskazuje, iż należy uznać, że w związku z charakterem stawki podstawowej, stawki obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy. Jednakże najbardziej dobitnego podkreślenia wymaga teza omawianego wyroku, zgodnie z którą w ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna. Nieracjonalne byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 tej ustawy, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną. Pogląd przeciwny jest nie do

pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Tym samym, z góry uprzedzając ewentualne dalsze zastrzeżenia zamawiającego, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, bezzasadny byłby zarzut, że zamawiający dokonał oceny ofert zawierających różne stawki podatku VAT, czyli ofert nieporównywalnych, nawet jeśli, w spornym zakresie, część wykonawców zastosowała stawkę podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8%. Dalej, w wyroku KIO z 6 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2294/12) wskazano, że: „ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, którym jest zagrożony w razie błędnego obliczenia ceny oferty. Uznanie błędnej stawki podatku od towarów i usług za błąd w obliczeniu ceny chroni uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych. Posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką podatku od towarów i usług, godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zmniejsza należne wpływy do budżetu. Posłużenie się podstawową stawką podatku VAT, w sytuacji, gdy zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w tak zakreślonym ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu. Taki pogląd prowadziłby do eliminacji ofert najkorzystniejszych i nakazywania zamawiającym wyboru ofert mniej dla nich korzystnych, co nie zasługuje na ochronę, nie mieści się bowiem w ratio legis ustawy Pzp.”

Odwołujący zauważył, że zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko zatem oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu, sygn. akt III Ca 215/19). Tymczasem w przedmiotowej sprawie zamawiający na str. 34 SIWZ pkt XIII. 4 wskazał, iż „Do wyliczenia ceny należy zastosować stawkę VAT według obowiązujących przepisów i stanu faktycznego na dzień złożenia oferty. W przypadku zastosowania innej stawki niż obowiązująca, wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty pisemne uzasadnienie zastosowania tej stawki, wystawione bądź potwierdzone przez właściwy organ.” Formularz cenowy stanowiący załącznik nr 3a-3d

do SIWZ został przygotowany w ten sposób, iż wykonawca opisując cenę musiał to uczynić w sposób eksponujący i wyszczególniający zarówno cenę brutto, jak i cenę netto oraz stawkę procentową oraz kwotę podatku VAT, wobec czego zamawiający oceniając ofertę odwołującego mógł bez jakiegokolwiek trudności stwierdzić, że zastosował on stawkę podstawową, która per se jest stawką VAT zgodną ze stawkami wynikającymi z obowiązujących przepisów ustawy o VAT i stanu faktycznego na dzień złożenia oferty. Co więcej, jeżeli pomimo zgodności z przepisami ustawy o VAT i ustawy Pzp, oferta odwołującego w zakresie ceny dalej z jakichś przyczyn budziła wątpliwości zamawiającego, to w takiej sytuacji mógł skorzystać z uprawnienia przewidzianego w treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zażądać od odwołującego dodatkowych wyjaśnień, bądź też, co się wydaje działaniem jeszcze bardziej racjonalnym, dokonać modyfikacji stawki VAT w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, ewentualnie pkt 3 ustawy Pzp - jeżeliby uznać, iż stawka podatku VAT ujęta przez zamawiającego w treści SIWZ w przytoczony wyżej opisowy sposób spełniała kryteria „stawki VAT w wysokości określonej przez zamawiającego”.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zgodnie z brzmieniem obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności ustawy Pzp, ustawy o VAT oraz ustawy o finansach publicznych, a także przytoczonymi poglądami doktryny, w tym przede wszystkim zgodnie

z linią orzecniczą samego KIO należy wskazać, iż w przedmiotowej sytuacji nie doszło do złożenia przez odwołującego oferty z zastosowaniem błędnej stawki VAT. Niezaprzeczalnym warunkiem uznania stawki VAT za stawkę błędną jest fakt jej niezgodności z obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności ustawy o VAT), tymczasem stawka podstawowa jako taka jest stawką zawsze możliwą do zastosowania.

Gdyby, z daleko idącej ostrożności przyjąć, iż odwołujący powinien był wskazać stawkę VAT niższą od tej wskazanej w ofercie i formularzu cenowym, zamawiający powinien był na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zażądać od odwołującego dodatkowych wyjaśnień, bądź też, co się wydaje działaniem jeszcze bardziej racjonalnym, dokonać samodzielnej modyfikacji stawki VAT w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a gdyby zaś stał na stanowisku, że opisowe ujęcie stawki podatku VAT w treści SIWZ spełniało kryteria „stawki VAT w wysokości określonej przez zamawiającego”, wówczas dokonać modyfikacji stawki VAT w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił również, iż w przypadku skorzystania przez zamawiającego z ww. trybu uzyskania dodatkowych wyjaśnień od odwołującego, w toku których ten ostatni miałby możliwość wskazania preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%, oferta odwołującego wyniosłaby wówczas 1 571 564,52 zł., a więc byłaby to cena jeszcze bardziej korzystna dla zamawiającego i niższa od oferty wybranej przez zamawiającego nie o 124 397,04 zł., lecz o kwotę 384 469,19 zł., a więc dałaby zamawiającemu jeszcze

większe i to znaczące oszczędności. Do podobnego rezultatu mogłaby doprowadzić decyzja zamawiającego o poprawieniu oczywistej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, która opiewała na kwotę 1 848 899,43 zł. brutto, a w konsekwencji dokonał niezasadnego wyboru oferty mniej korzystnej, tj. oferty Cyprys, opiewającej na kwotę 1 973 296,47 zł. brutto, a więc oferty droższej o 124 397,04 zł., tym samym działając z jawnym naruszeniem zasady, zgodnie z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, a także z naruszeniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów wynikających z art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych.

Zamawiający, co ustaliła Izba na podstawie złożonego przez zamawiającego oświadczenia, 10 listopada 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił 12 listopada 2020 r. wykonawca: **R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CYPRYS R. R. z siedzibą w Koźuchowie.**

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 24 listopada 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 25 listopada 2020 r. oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawców złożonych dla części 8 zamówienia, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowiska odwołującego i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Działania zamawiającego, polegające na wadliwej ocenie i badaniu ofert spowodowały, że została

wybrana oferta złożona przez Cyprys, a oferta odwołującego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Gdyby zamawiający dokonał tej oceny w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, to odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w części 8 zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ, jest: „Usługa utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych na terenie obiektów administrowanych przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy. Zamówienie zostało podzielone na 10 części. Przedmiotem części 8 zamówienia było: sprzątanie powierzchni zewnętrznych utwardzonych, w tym dróg, chodników, placów oraz utrzymanie terenów zielonych Grupy Zabezpieczenia (GZ) nr 3 w m. Żagań - Sekcja Obsługi Infrastruktury (SOI) w m. Żagań, m. Marszów i m. Potok.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał w SIWZ jaka stawka podatku VAT winna być zastosowana dla przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej, w tym również dla części 8 zamówienia. Z opisu w Rozdziale XIII pkt 4 wynika, że obowiązkiem wykonawcy było ustalić stawkę VAT obowiązującą na dzień złożenia oferty, a ponadto w przypadku, gdy wskaże stawkę inną niż obowiązująca - ma obowiązek dołączyć do oferty pisemne uzasadnienie zastosowania tej stawki. Nie można uznać, że opis, zgodnie z którym stawka VAT miała być właściwą na dzień składania ofert - przesądza o tym jaka stawka VAT powinna zostać zastosowana w tym postępowaniu.

Z kolei w formularzu cenowym zamawiający wskazał, że wykonawca ma wpisać jaka stawka podatku VAT została uwzględniona przy obliczeniu łącznej ceny ofertowej brutto. Oznacza to, że ustalenie i wskazanie prawidłowej stawki VAT było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę.

Ponadto Izba ustaliła, że dla części 8 zamówienia zostały złożone 3 oferty: przez odwołującego (cena brutto: 1 848 899,43 zł.) , przystępującego (cena brutto: 1 973 296,47 zł.) oraz Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu (cena brutto: 2 647 349,77 zł.).

Odwołujący, składając ofertę w części 8, zastosował podstawową stawkę podatku VAT. Dwaj inni wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia w tej części, zastosowali stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując w uzasadnieniu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający wyjaśnił, że jego zdaniem odwołujący błędnie zastosował stawkę VAT przy obliczaniu ceny dla części nr 8 w wysokości 23%, albowiem stawka podatku VAT powinna być przyjęta przez odwołującego w wysokości, która wynika

z przepisów prawa podatkowego (w tym przypadku 8%). Następnie powołując się na szeroko rozumiane orzecznictwo stwierdził, iż błędne wskazanie obowiązującej stawki VAT, w tym przyjęcie innej niż ta, którą jest objęty przedmiot zamówienia nadający zamówieniu zasadniczy charakter i przyjęcie jej do kalkulacji ceny ofert stanowi błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1. pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, iż błąd ten nie podlega poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści

oferty z treścią SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty oraz że nie jest to omyłka, lecz błąd istotny co do okoliczności faktycznych, w postaci przyjęcia nieprawidłowego elementu mającego wpływ na właściwe obliczenie ceny.

Jedną z przesłanek, na podstawie której zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty jest opisana w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazująca, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W tym miejscu wymaga wskazania, iż Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 zauważył, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w każdym przypadku, gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji

ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i

zgodnego

z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przywołanych uchwałach Sąd Najwyższy podniósł także, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Z lektury powyższych uchwał płynie niewątpliwie wniosek, że dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem zamawiającego. Na ten obowiązek, jak również na konsekwencje, wynikające z zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie, zwracała wielokrotnie uwagę w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza (tak np. w wyroku z 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11; wyroku z 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 639/12; wyroku z 10 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 588/12). W orzecznictwie podkreślano wielokrotnie, że cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert i w związku z tym nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została ona obliczona. Jeżeli mówić

o „cenie” czy „błędach w obliczaniu ceny”, to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł.

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko zatem oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ, mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Wskazać ponadto należy, że zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Ponadto należy zauważyć, że ocena ofert z zastosowaniem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny dotyczy wyłącznie ofert prawidłowych, tj. ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem - najpierw zamawiający ma obowiązek zbadać, czy złożona oferta podlega odrzuceniu, a dopiero w sytuacji, gdy stwierdzi, że jest ona ofertą prawidłową - poddaje ją ocenie z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny. Taki sposób oceny wynika z systematyki przepisów ustawy Pzp (przepis art. 89 ustawy Pzp poprzedza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ), jak i stanowi gwarancję zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zasada ta przesądza, że zamawiający nie może dopuścić do poddania ocenie ofert prawidłowych i ofert nieprawidłowych.

Z powyższego wynika, że kwestią bez znaczenia pozostaje to, czy oferta podlegająca odrzuceniu jest korzystniejsza od innych, prawidłowych ofert. W tym przypadku bez znaczenia będzie zatem okoliczność, że nawet w przypadku zastosowania stawki wyższej - 23% oferta odwołującego będzie tańsza niż oferta przystępującego, który zastosował stawkę preferencyjną - 8%. Jak podkreślił bowiem Sąd Najwyższy, istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu taki błąd został zidentyfikowany i skutkować winien odrzuceniem oferty odwołującego, niezależnie od jego skali, wpływu na ranking ofert czy matematycznego wymiaru. Nie mają w tym kontekście również znaczenia wskazywane przez odwołującego wymierne dla zamawiającego korzyści finansowe, wynikające z tego, że wybrana zostanie oferta odwołującego.

Wskazywany przez odwołującego przepis art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych, nakazujący uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów nie oznacza, że zamawiający może wybrać ofertę tańszą, ale taką która powinna, w myśl przepisów ustawy Pzp, podlegać odrzuceniu. Nie można bowiem zapominać, że w art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych zawarto zapis, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Tym samym tylko wybór wykonawcy, dokonany w sposób legalny, zgodny

z przepisami o zamówieniach publicznych może być uznany za zgodny z przepisami cytowanej ustawy o finansach publicznych.

Nie można zatem, w ocenie Izby, zaakceptować stanowiska, że możliwy jest wybór oferty zawierającej błędną stawkę podatku VAT, w sytuacji gdy taka oferta, pomimo błędu, jest korzystniejsza od innych ofert (obliczonych z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT).

Odnosząc się stricte do błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT, skład orzekający Izby wskazuje, że cena błędnie obliczona to taka cena, która byłaby inna gdyby wykonawca zastosował stawkę właściwą. Skład orzekający Izby w pełni podziela zapatrywania prezentowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. i z dnia 8 lipca 2019 r., zapadłych w sprawach o sygn. akt KIO 1462/17 oraz KIO 1046/20 i 1065/20, zgodnie z którymi: „W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny

i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 (...)” oraz „zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej”.

Stanowisko odwołującego, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatku VAT, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie, nie zaś obowiązek wykonawcy nie znajduje również potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ustawy o VAT wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT. Obowiązkiem zaś podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

Izba nie zgadza się również ze stwierdzeniem, że przywoływane uchwały Sądu Najwyższego odnoszą się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się

o zamówienie publiczne, w sposób nieuprawniony zaniżają stawki podatku VAT, przez co naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Z kolei w przypadku, gdy odwołujący zastosowaną stawkę podstawową, o takim naruszeniu konkurencji nie może być mowy. Podkreślić należy, za stanowiskiem Sądu Najwyższego, że posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny, przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i konieczność zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosząc się w dalszej części do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp Izba zauważa, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z cytowanych przepisów. Jak ustalono na podstawie akt sprawy zamawiający w treści SIWZ nie przesądził jaką stawkę VAT należy zastosować. Samo wskazanie zamawiającego w SIWZ, że zastosowana stawka ma być zgodna z przepisami ustawy o VAT nie określa jeszcze stawki w jakiej wysokości należało przyjąć jako prawidłową. A skoro tak - decyzja w tym zakresie pozostawiona została wykonawcy składającemu ofertę.

Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przywoływanych wcześniej uchwał dokonanie poprawy w treści oferty możliwe jest wyłącznie, gdy zamawiający przesądził w dokumentacji przetargowej jaka stawka podatku VAT jest właściwa. W uchwale czytamy: „Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.”

Izba uznała również za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej przez niego stawki podatku VAT. Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający nie ma jednak obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Tylko zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w okolicznościach danej sprawy, w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie tego przepisu. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że właściwą stawką podatku VAT, która powinna zostać zastosowana dla części 8 zamówienia była stawka 8%. Nie budziło to również wątpliwości odwołującego, który w treści odwołania wskazywał nie na okoliczność, że to przyjęta przez przystępującego w ofercie stawka VAT była błędna, ale na to, że zastosowanie stawki podstawowej, nawet jeśli w okolicznościach danej sprawy byłaby ona nieprawidłowa - nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również fakt, że odwołujący podnosił także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp, domagając się poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy tj. przyjęcia właściwej w tym przypadku stawki VAT - 8%. Zamawiający zatem, dokonując oceny oferty wykonawcy, poprawnie ustalił właściwą w tym przypadku stawkę VAT, która wynosiła 8%. Tym samym w sytuacji, gdy stwierdził, że zastosowana przez wykonawcę stawka jest nieprawidłowa - nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień, gdyż te nie zmieniłyby oceny zamawiającego w omawianym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 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 oraz ze zmianami). Izba uznała wniosek przystępującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: