

Sygn. akt: KIO 2320/11

## WYROK

z dnia 9 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **26 października 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o. o. ul. Bytkowska 15; 41-503 Chorzów**, adres dla doręczeń **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Zabrze - Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu Targowa 2, 41 - 800 Zabrze**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- **Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j.** z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. **Śmiłowskiej 24** oraz **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o. o.** z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. **Piotra Skargi 87**, reprezentowany przez **Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. ul. Śmiłowska 24, 41-706 Ruda Śląska**, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o. o. ul. Bytkowska 15; 41-503 Chorzów**, adres dla doręczeń **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o. o. ul. Bytkowska 15; 41-503 Chorzów**, adres dla doręczeń **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Utrzymanie czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania i terenów zewnętrznych zabudowanych nieruchomości komunalnych będących w zarządzaniu Jednostki Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu," ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 109 -180383 z 8 czerwca 2011 r., w dniu 26 października 2011 r. w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia, zostało wniesione odwołanie w formie elektronicznej zgodnie z postanowieniami art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 18 października 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego na część 2 i 3 zamówienia i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Zabrze - Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy czynności badania i oceny złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy, przez bezpodstawne odrzucenie ofert odwołującego, w zakresie części 2 i 3,
- 3) art. 91 ust 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, w zakresie części nr 2 i 3 postępowania,
- 4) (z ostrożności procesowej) zarzucił również niezgodne z przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zaniechanie poprawienia omyłek w ofertach odwołującego, w tym w szczególności omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w ich treści, w zakresie części nr 2 i 3 postępowania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy, konsorcjum: Wielobranżowy Zakład

Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o.,

- 2) dokonania ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszych ofert z uwzględnieniem ofert odwołującego, w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia,
- 3) z ostrożności procesowej również o nakazanie zamawiającemu poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, omyłek w ofercie odwołującego w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że z przekazanego zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszych powziął informację, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, oferty przez niego złożone w zakresie części nr 2 i 3 przedmiotowego postępowania, zostały odrzucone przez zamawiającego gdyż odwołujący:

- przyjął nieprawidłową stawkę VAT za sprzętanie i załadunek do kontenerów odpadów wielkogabarytowych dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania;
- nieprawidłowo dokonał obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, gdyż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o której mowa powyżej dokonana została przez zamawiającego, w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1934/11). Zgodnie z przywołanym wyrokiem zamawiającemu nakazane zostało unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania nr 2 i 3 przedmiotowego postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia ofert odwołującego złożonych w zakresie ww. części zamówienia, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert na zadania nr 2 i 3 z uwzględnieniem oferty odwołującego.

I. Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Przywołane pojęcie „błędu w obliczaniu ceny,” w świetle ostatniego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, definiowane jest jako „niepodlegająca poprawieniu omyłka rachunkowa lub rzeczowa dotycząca sposobu wyceny przedmiotu świadczenia, podstaw wyliczenia, objęcia obliczeniem wszystkich elementów, kompletności i poprawności wyliczeń. Nie mieści się (w ocenie Izby) w tym pojęciu świadome i celowe zastosowanie przez Wykonawcę będącego przedsiębiorcą prowadzącym profesjonalną działalność gospodarczą, takiej a nie innej stawki podatku VAT, za której prawidłowość w świetle obowiązujących przepisów ponosi odpowiedzialność” (wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 629/10, wyrok KIO z dnia 31 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 887/10, sygn. akt KIO/UZP 905/10, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2010 r., sygn. akt

KIO/UZP 1053/10, wyrok KIO z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1280/10, wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1667/10, wyrok KIO z dnia 6 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1779/10, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2194/10, wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2009, sygn. akt KIO/UZP 1514/08).

Za nie pozbawione znaczenia, uznał odwołujący również stanowisko Izby, zgodne z którym „Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, aniżeli zamawiający zakładał, że uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego" (wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011, sygn. akt KIO 92/11).

W związku z powyższym, mając na uwadze, że zamawiający w treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do sposobu obliczenia ceny oferty, a ponadto „nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT, w inny sposób, aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie (...),” powtarzając za tezami wyroku Izby, stwierdził, że „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,” (wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011, sygn. akt KIO 125/11). Zgodnie ze stanowiskiem Izby, „obowiązkiem zamawiających wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty, dla możliwości stwierdzenia zaistnienia takiego błędu konieczne byłoby co najmniej stwierdzenie, iż wykonawca obliczył cenę swojej oferty w sposób odmienny, niż wymagany w SIWZ. Niewystarczające jest, w ocenie KIO, odwołanie do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dn. 5 lipca 2001 r. o cenach, który nakazuje jedynie uwzględnienie w cenie kwoty podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż podlega obciążeniu takim podatkiem" (wyrok KIO z dnia 2 marca 2011, sygn. akt KIO 314/11). Wskazywał, iż Izba, w wyroku z dnia 25 stycznia 2011, sygn. akt KIO 92/11 jednoznacznie podała, że jako wiążącą dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego można uznać stawkę podatku VAT, wprost określoną i narzuconą przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ. W związku z powyższym, z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu nie określono w SIWZ, żadnych dyspozycji dotyczących zastosowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, określonej stawki podatku VAT, uznał odwołujący za bezprawną czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu jego oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 6, z uwagi na przywołaną wyżej okoliczność.

Odwołujący jednocześnie podkreślał, że zastosowana do obliczenia ceny jego ofert w postępowaniu, stawka podatku VAT, wskazana i przyjęta została prawidłowo tj. zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Przesłanki i podstawy zastosowania przedmiotowych stawek podatku VAT wyjaśnione zostały przez odwołującego, w wymaganej formie i terminie, na żądanie zamawiającego pismem z dnia 29 lipca 2011 r. Ponadto, poczytał za istotne, że przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego, Sądu Administracyjnego w Krakowie, czy też opinia kancelarii prawnej, nie znajdują analogii w przedmiotowej sprawie, ponieważ usługa, która wykonywana będzie w wyniku udzielonego zamówienia, nie będzie jedną usługą o charakterze kompleksowym, jak również z uwagi na fakt, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, „Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku VAT, w inny sposób aniżeli przez wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy” (wyrok KIO z 6 maja 2011 r., sygn. akt KIO 874/11). Odwołujący dodatkowo podnosił, że przywołane przez zamawiającego uzasadnienie dla obowiązku stosowania jednolitej stawki podatku VAT dla usługi kompleksowej, nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sytuacji. Przyznał jednocześnie, że w przypadku świadczenia o charakterze kompleksowym, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem zawartej umowy oraz czynności pomocnicze, które wykonanie umowy miały ułatwiać lub też być niezbędnymi do jej wykonania, stosować należy jedną stawkę podatku VAT. Powyższy pogląd potwierdził ETS w wyroku z dnia z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise (Wielka Brytania). Trybunał uznał, że „w celu ustalenia dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść artykułu 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.” Ponadto, w

przedmiotowej kwestii - wyrokiem z dnia 2 maja 1996 r., w sprawie C-231/94 Faaborg-Gelting Linen ETS orzekł, że „jeżeli transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja celem określenia, po pierwsze, czy są to dwa lub więcej niż dwa świadczenia odrębne, czy też jednolite świadczenie, a po drugie, czy w tym ostatnim przypadku owo jednolite świadczenie powinno zostać zakwalifikowane jako świadczenie usługi.” Mając powyższe na uwadze, jak również opis przedmiotu zamówienia, zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, usługę stanowiącą między innymi przedmiot zamówienia – sprzątanie i załadunek do kontenerów odpadów wielkogabarytowych dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania, zdaniem odwołującego, należy uznać, nie jak twierdzi zamawiający, za usługę pomocniczą, ale usługę zasadniczą. Wywodził, iż wbrew przyjętej przez zamawiającego tezie, istnieje możliwość, że w ramach jednej umowy, świadczonych jest kilka usług, wśród których wyodrębnić można zarówno usługi charakterze zasadniczym jak i pomocniczym. Zważywszy na okoliczność, że sprzątanie i załadunek do kontenerów odpadów wielkogabarytowych dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania, w przedmiotowym postępowaniu, nie jest wyłącznie środkiem do lepszego wykorzystania usługi, ale w myśl opisu dokonanego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu jak również specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi cel sam w sobie, to w ocenie odwołującego, nie może być kwalifikowany jako usługa pomocnicza, dla której stosowana jest jedna stawka podatku VAT - jak dla usługi zasadniczej. Podnosił, iż argumenty zamawiającego o charakterze zamawianej w ramach przedmiotowego zamówienia usługi, jako świadczenia kompleksowego z zasady, podważa również przyjęty przez ETS pogląd, zgodnie, z którym „nie ma określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć granice pomiędzy przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitych zasad. Każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami, i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia).” W związku z powyższym, odwołujący uznał, że przyjęty przez niego sposób opodatkowania jest prawidłowy.

II. Odnosząc się do drugiego zarzutu wobec jego ofert, podnosił iż nie stanowi podstawy, skutkującej odrzuceniem oferty na zasadzie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 6

ustawy Pzp, „nieprawidłowe dokonanie obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny.” Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, uznaje się bowiem, że błąd rachunkowy, nie jest błędem w obliczeniu ceny. Przyjęto, że cechą odróżniającą błąd rachunkowy od błędu w obliczeniu ceny, jest m.in. możliwość ewentualnej poprawy tego pierwszego na podst. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast błąd w obliczeniu ceny, jako polegający na nieprawidłowym założeniu zasadności zastosowania pewnych standardów prawnych (wyrok KIO z 18 lutego 2011, sygn. akt KIO 232/11), poprawieniu ulec nie może. Mając na względzie, że zamawiający jednoznacznie zakwalifikował popełniony przez odwołującego błąd jako „matematyczny,” a więc innymi słowy rachunkowy, bezsprzecznym zdaniem odwołującego jest, iż zobligowany był, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonać czynności poprawienia tegoż. Podkreślał, że dokonanie ww. czynności poprawy, zgodnie z wykładnią językową, celowościową oraz funkcjonalną przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzależnione od woli, czy uznania zamawiającego, ale stanowi jego obowiązek, wprost wynikający z przywołanego przepisu. Identyczne stanowisko, w przedmiotowej kwestii, zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 10 grudnia 2010 (KIO/UZP 2593/10): „zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający jest obowiązany do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych i ze względu na użyty w przepisie tryb oznajmujący nie jest to możliwość, jaka stoi przed Zamawiającym, ale obowiązek.” Odwołujący, podkreślał jednocześnie, że ustawa Pzp nie zawiera żadnego ograniczenia co do zakresu poprawy omyłek rachunkowych, a w szczególności nie uzależnia dopuszczalności dokonania zmiany od skutków, które wywołane zostaną w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 tej ustawy, zamawiający, zobowiązany jest dokonać poprawy omyłki, choćby poprawa skutkowałą nawet istotną zmianą treści oferty. Wobec powyższego, odwołujący podnosił, że bezpodstawnym było odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ofert złożonych przez niego w zakresie części 2 i 3 postępowania.

Odwołujący podkreślał okoliczność, iż zamawiający, jako alternatywną podstawę prawną odrzucenia jego ofert, wskazał również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, uzasadniając, że wykonawca przy wyliczeniu ceny zastosował dane niezawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia tj. zastosował do obliczeń nie ułamek zwykły ale ułamek dziesiętny tym samym czyniąc treść oferty, treścią nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 rzeczonyj ustawy. Dla prawidłowego zastosowania powyższego przepisu, jak argumentował odwołujący,



niezbędnym jest ustalenie znaczenia użytych w powyższym tekście definicji „treść oferty” oraz „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Mając na względzie jednoznaczne stanowisko doktryny oraz ugruntowane orzecznictwo Izby, stwierdził, że pod pojęciem „treść SIWZ” rozumie się „zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które muszą być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego (KIO/UZP 883/08). „Treść oferty” to „jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego” (KIO/UZP 883/08). Stąd też wywodził, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty (KIO/UZP 151/08; KIO/UZP 228/10; KIO 297/11). Zdaniem odwołującego, zamawiający wyżej wymienionego merytorycznego uzasadnienia w odrzuceniu oferty nie powołuje. Zamawiający, odrzucając oferty, nie wskazał na niezgodność zaoferowanego przez konsorcjum świadczenia z rodzajem bądź zakresem świadczenia opisanym przez Jednostkę Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jako faktyczną przyczynę odrzucenia oferty odwołującego podał wyłącznie okoliczność, że zaproponowana przez konsorcjum cena obliczona została przy pomocy ułamka dziesiętnego a nie zwykłego. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający jednoznacznie potwierdził, że zakres i rodzaj świadczenia, do którego wykonywania, na mocy złożonego oświadczenia woli, jakim jest oferta, zobowiązał się odwołujący, jest tożsamy i odpowiada wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a popełniony przez odwołującego błąd jest błędem natury rachunkowej. Bezsprzecznym bowiem jest, że w matematyce przyjmuje się, iż wartość wyrażona być może zarówno w ułamku dziesiętnym jak i zwykłym. Powyższe potwierdza również okoliczność, iż sam zamawiający w uzasadnieniu jednoznacznie wskazał, iż przyczyną odrzucenia ofert jest przyjęty do obliczeń przez odwołującego rodzaj ułamka. Nadmieniał ponadto, że zamawiający nie kwestionował faktu, że zastosowany przez odwołującego do obliczeń ułamek dziesiętny, odpowiada w istocie wskazanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ułomkowi zwykłemu 17/30. Przywiodło to odwołującego do wniosków, iż zamawiający, w żaden sposób nie wykazał jako podstawy odrzucenia ofert, sprzeczności zaoferowanego świadczenia z rodzajem, wielkością lub też parametrami wymaganymi zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jako podstawę odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podał wyłącznie ewentualny błąd rachunkowy odwołującego w obliczeniu ceny oferty.

Zamawiający, w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stwierdził, że „nie był w stanie, badając treść oferty, jednoznacznie określić błędu wykonawcy przy obliczeniu ceny.” Przywołane twierdzenie stoi jednak w jawnej sprzeczności, z pozostałymi oświadczeniami zamawiającego, zawartymi w tej samej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomości w Zabrze nazwała bowiem błąd odwołującego tj.: „Zamawiający dokładnie sprecyzował część miesiąca 17/30 i nie dopuścił na tym etapie wyliczeń zmiany ułamka zwykłego na dziesiętny, zaokrąglając go do dwóch miejsc po przecinku.” W związku z powyższym, uznał odwołujący, że przywołany błąd w jego ofercie, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 ustawy Pzp powinien zostać przez zamawiającego poprawiony. Odwołujący podnosił, że nawet przyjmując, iż obliczenie ceny oferty przy użyciu ułamka dziesiętnego odpowiadającego ułankowi zwykłemu, w zakresie dotyczącym spornej wartości, było niedopuszczalne, to nie może być kwalifikowane jako niedbalstwo lub niestaranność, skutkująca zwolnieniem zamawiającego od obowiązku dokonania czynności poprawy takiej omyłki. Za istotne poczytał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący nie zastosował sposobu obliczenia ceny innego niż wskazany w SIWZ. Nie można bowiem nazywać, innym niż określonym w SIWZ sposobem obliczenia ceny, przypadku, gdy odmienność ta polega zastosowaniu we wzorze podanym przez zamawiającego, odpowiadającego ułankowi zwykłemu ułamka dziesiętnego. Nadmieniał, że w matematyce uznaje się, że ułamek wyrażony być może zarówno jako ułamek zwykły jak też jako ułamek dziesiętny.

Reasumując, stwierdził, że obliczając cenę ofert, postąpił zgodnie z instrukcjami określonymi w SIWZ, tj. zamawiający w Rozdziale 10 SIWZ, zażądał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia ofertę złożył na załącznikach o treści zgodnej z załączonymi wzorami (rozdz. 10, pkt 10.5 SIWZ). Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze, we wzorach formularzy cenowych, opisanych w załącznikach A. I do SIWZ określiła podstawowe, niezbędne dane do obliczenia ceny oferty, a także przedstawiła instrukcję, w myśl której wykonawca, zobligowany był skalkulować cenę oferty, w zakresie odpowiednich części przedmiotowego zamówienia. Zamawiający uszczegółowił powyższe informacje, dotyczące sposobu obliczenia ceny, w skierowanych do wykonawców, wyjaśnieniach do SIWZ. Odwołujący stwierdził, że wszystkie powyżej przywołane i wymienione informacje i polecenia uwzględnił w złożonych przez siebie ofertach. Ponadto przyjmując nawet, że użycie przez odwołującego do obliczeń ułamka dziesiętnego skutkuje omyłką w ofercie, to zamawiający nie jest uprawniony z wymienionego powodu odrzucić takiej oferty, ale w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Pzp winien ją poprawić. Wobec powyższego, odwołujący podnosił, że bezpodstawnym było odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy

Pzp ofert złożonych przez niego w zakresie części 2 i 3 postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 października 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosiło swoje przystąpienie pismem z dnia 28 października 2011 r., w kopii przesłanym stronom - po stronie zamawiającego konsorcjum: Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., które wniosło o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego ofert na część 2 i 3 zamówienia. Izba postanowiła dopuścić wybrane konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, do protokołu rozprawy potrzymał stanowisko przedstawione w piśmie powiadającym o odrzuceniu oferty odwołującego na część 2 i 3 zamówienia z dnia 17 października 2011 r.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty odwołującego, oferty wykonawców: Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. wraz z zapytaniami zamawiającego i wyjaśnieniami wykonawców do treści złożonych ofert, akt sprawy sygn. KIO 1934/11. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła wnioskowany przez odwołującego dowód z opinii doradcy podatkowego Marzeny S. Izba nie dopuściła dowodu z ogłoszenia o zamówieniu Dz. Urz. UE 2010/S 105-159606 tego samego zamawiającego na usługi sprzątnia oraz usługi sanitarne na obszarach miejskich lub wiejskich oraz usługi powiązane – jako nie mającego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

W opisie zamówienia w SIWZ zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 5 części. Przedmiot zamówienia w 2 i 3 części obejmuje: Utrzymanie czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania i terenów zewnętrznych zabudowanych nieruchomości komunalnych będących w zarządzaniu Jednostki Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami, odpowiednio: Punkt Obsługi Mieszkańców 3 i Punkt Obsługi Mieszkańców 4.

Zamawiający zapowiedział, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty, kierować się będzie kryterium najniższej ceny.

Punkt 12 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny.

Przez cenę należy rozumieć definicję zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.).

Punkt 12.1. oferta musi zierać ostateczną sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług).

Punkt 12.3. cena jednoznacznie musi wynikać z wyliczeń podanych w formularzu ofertowym poz. 1. Przy wypełnieniu formularza ofertowego wykonawca powinien wyliczyć podatek VAT, stosując zasady, że kwoty zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki powyżej 0,5 grosza zaokrągla się do jednego grosza.

W załączniku A do SIWZ wykonawca zobowiązany był podać cenę całkowitą brutto, netto oraz podatek VAT kwotowo wraz ze wskazaniem zastosowanej stawki, odpowiednio w odniesieniu do każdej części zamówienia, na którą składał ofertę.

W załączniku A 1 odpowiednio dla części 2 i 3 zamówienia zamawiający oznaczył wielkości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych do utrzymania czystości, ilość miesięcy świadczenia usługi określił na 24 i 17/30, wykonawca zobowiązany był podać w tabeli nr 1 następujące dane: ceny jednostkowe za 1 m<sup>2</sup> /1 miesiąc netto, ceny netto wynikające z przemnożenia powierzchni, stawki netto i ilości miesięcy, stawki podatku VAT, wartość podatku VAT oraz ceny brutto.

Natomiast w tabeli nr 2 wykonawca zobowiązany był podać następujące dane: cenę ryczałtową netto za załadowanie jednego kontenera o pojemności 7 m<sup>3</sup>, osobno dla wewnętrznych powierzchni oraz terenów zewnętrznych. Cenę netto za załadowanie jednego kontenera należało przemnożyć przez ilość podanych przez zamawiającego kontenerów wyliczając cenę netto, wartość podatku VAT według właściwej stawki oraz cenę brutto. Z podsumowania wszystkich pozycji miała wynikać cena ofertowa brutto podana w formularzu oferty.

Czas realizacji zamówienia został oznaczony na okres od 14 stycznia 2012 do 30 stycznia 2014 r.

Na część 2 i 3 zamówienia wpłynęły po 4 oferty.

Zamawiający odrzucił oferty trzech wykonawców w każdej ze wskazanych części zamówienia, w tym oferty odwołującego.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia:

- na część 2 za cenę brutto 408 646,86 zł, w tym VAT w kwocie 37 783,86 zł tj. według stawki 8% i 23%, cena netto 370 863,00 zł.

- na część 3 za cenę brutto 544 166,86 zł, w tym VAT w kwocie 43 964,83 zł tj. według stawki 8% i 23%. Cena netto 500 202,03 zł.

Odwołujący przedstawił formularze cenowe dla części 2 i 3, gdzie dokonane wyliczenia składają się na cenę całkowitą oferty.

Odwołujący zastosował następujące stawki VAT:

W zakresie części 2 i 3 zamówienia,

- sprzątanie powierzchni wewnętrznych - 23%, cena za załadowanie jednego kontenera dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania – 8%,
- sprzątanie powierzchni zewnętrznych - 8%, cena za załadowanie jednego kontenera dla zewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania – 8%.

Zamawiający wybrał na część 2 i 3 zamówienia oferty konsorcjum: Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, które zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia:

- na część 2 za cenę brutto 451 289, 76 zł, w tym VAT w kwocie 42 185,22 zł tj. według stawki 8% i 23%,
- na część 3 za cenę brutto 560 413,81 zł, w tym VAT w kwocie 51 271,65 zł tj. według stawki 8% i 23%.

Różnica jest taka pomiędzy ofertą odwołującego, a wybranego wykonawcy, w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT, iż wybrane konsorcjum w odniesieniu do części 2 i 3 w zakresie ceny za sprzątanie odpadów wielkogabarytowych i załadowanie jednego kontenera dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania przyjęło stawkę podatku VAT w wysokości podstawowej 23%, a nie tak jak odwołujący w wysokości preferencyjnej 8%.

Uprzednio, pismami z 26 lipca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zastosowanych stawek podatku VAT.

Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, poza odwołującym, podali iż ceny ich ofert zostały wyliczone z zastosowaniem stawki podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych oraz w odniesieniu do usuwania i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania, jako usługi powiązanej. Natomiast do obliczenia ceny utrzymania czystości terenów zewnętrznych, wykonawcy zastosowali stawkę podatku VAT 8% oraz w odniesieniu do usługi usuwania i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z zewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania jako usługi powiązanej, zastosowali tą samą stawkę podatku, tj. 8%.

Odwołujący, jako jedyny, zastosował natomiast dla oferowanej usługi usuwania i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych zarówno z wewnętrznych jak i zewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania, jednolitą stawkę 8% podatku VAT.

Odwołujący został wezwany przez zamawiającego w dniu 23 i 25 sierpnia 2011 r. do złożenia

wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do sposobu wyliczenia pozycji cenowych – przedstawienia matematycznego sposobu obliczenia ceny.

W pismach z dnia 25 i 28 sierpnia 2011 r. odwołujący przedstawił szczegółowy matematyczny sposób wyliczenia ceny ofert na część 2 i 3 zamówienia, gdzie podtrzymał wyliczenia, iż cena brutto jego oferty wynosi:

- 408 646, 86 zł na część 2,
- 544 166,86 zł na część 3 zamówienia,

Pismem z dnia 30 sierpnia 2011 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego ofert na wymienione części zamówienia, ze względu na błąd w obliczeniu ceny – przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT i dokonanie nieprawidłowych obliczeń matematycznych.

Wyrokiem z dnia 19 września 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 1934/11 uwzględniła odwołanie konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. i nakazała powtórzenie czynności oceny oraz wyboru ofert na część 2 i 3 zamówienia, bez merytorycznej oceny zarzutów, poza uwzględnieniem zarzutu formalnego o braku dostatecznego uzasadnienia faktycznego kwestionowanych czynności.

W wyniku ponowienia czynności oceny ofert w zakresie części 2 i 3 zamówienia, zamawiający ponownie wybrał oferty wykonawcy: Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Ganswinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, odrzucił oferty odwołującego z następującym uzasadnieniem w piśmie z dnia 17 października 2011 r.

Błąd w obliczeniu ceny, tj.

A) wykonawca przyjął nieprawidłową stawkę podatku VAT za sprzątanie i załadunek do kontenerów odpadów wielkogabarytowych dla wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania. Powyższe czynności, których istota polega na usuwaniu odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania łącznie ze sprzątnięciem miejsc, z których były odbierane odpady, winny być sklasyfikowane pod symbolem 81.21.10 (usługi niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych) klasyfikacji PKWiU 2008 obowiązującej do celów podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. Świadczenie tych usług, jako niewskazanych w załączniku nr 3 do ustawy VAT objęte jest podstawową stawką podatkową tj. 23%.

Zamawiający uznał za błędną stawkę VAT przyjętą przez wykonawcę dla powyższych czynności, między innymi w oparciu o:

- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 lipca 2006 r. (sygn. akt I FSK 945/05, publikacja ONSAiWSA 2007/4/91), w którym zawarto stanowisko następujące (...) „przy czynnościach o charakterze kompleksowym (...), na które składa się czynność podstawowa, będąca celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonywania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od

towarów i usług, należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej.”

- Wyrok Sądu Administracyjnego w Krakowie z 2 października 2008 r. (sygn. akt I SA/Kr 1228/07 - „ (...) istnieje grupa usług o charakterze złożonym, w skład których może wchodzić szereg innych, odrębnych usług. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla podatnika celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.”

- wyrok KIO z dnia 15 października 2010 r. sygn. akt KIO 2138/10.

B) wykonawca nieprawidłowo dokonał obliczeń matematycznych przy obliczeniu ceny.

Strony zgodnie przyznały, że w związku z wyliczeniem matematycznym zamawiającego, w zakresie części 2 zamówienia:

Poz. 1 sprzątanie powierzchni wewnętrznych winna być cena netto 53 094,73 zł, a podana przez odwołującego wynosiła 53 101,94 zł,

Poz. 2 sprzątanie powierzchni zewnętrznych winna być cena netto 260 728,82 zł, a podana przez odwołującego wynosiła 260 764,20 zł,

części 3 zamówienia:

Poz. 1 sprzątanie powierzchni wewnętrznych cena netto 42 000,00 zł, a odwołującego 42 000,00 zł – taka sama,

Poz. 2 sprzątanie powierzchni zewnętrznych cena netto 14 000,00 zł, a odwołującego 14 000,00 zł – taka sama.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, że odwołujący będąc uczestnikiem postępowania przetargowego, posiadał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zatem potwierdzenie się podnoszonych zarzutów, iż nastąpiło naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mogłoby powodować szkodę dla interesu odwołującego.

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania:

Ad. I. Należało mieć na względzie, że ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 1 zawiera definicję ceny, która odsyła wprost do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Na gruncie tej ustawy cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę: w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi)

podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Z powyższego wynika, że definicja ustawowa ceny, posługuje się ceną brutto. W ślad za tym, stosownie do przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny. Opis ten wiąże wykonawców, przy sporządzeniu oferty i zamawiającego w trakcie oceny. Jedynie oferty zawierające cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ mogą być uznane za spełniające wymagania i stanowić przedmiot porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, w której zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny poprzez wskazanie w formularzu cenowym podania stawek podatku VAT za poszczególne elementy zamówienia - nie może budzić wątpliwości, iż wskazanie stawki podatku mieściło się w sposobie obliczenia ceny. Oczywistym jest, mimo że wykonawca jako podatnik określa tą stawkę, to jednak nie może być ona dowolna, ale wynikająca z obowiązujących przepisów prawa na dzień upływu terminu składania ofert, stosowna dla danego przedmiotu opodatkowania. Dyspozycje zamawiającego mające znaczenie dla obliczenia ceny oferty, zostały podane na tyle w sposób jasny, że umożliwiły wykonawcom złożenie poprawnych ofert. Przedmiot zamówienia dookreślono jako:

- powierzchnie przeznaczone do utrzymania czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania,
- powierzchnie przeznaczone do utrzymania czystości terenów zewnętrznych zabudowanych.

W odniesieniu do każdej z ww. powierzchni, wykonawca zobowiązany był zaoferować sprzątaninę i załadunek do kontenerów pojemności 7m<sup>3</sup> odpadów wielkogabarytowych.

Zamawiający wymagał podania obowiązujących dla danych usług stawek podatku VAT i obliczenia ceny oferty, a więc z zastosowaniem właściwych stawek tego podatku.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego w odniesieniu do stawek podatku VAT, jakie znajdują zastosowanie do opodatkowania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Zasady stosowania właściwych stawek w podatku od towarów i usług określone zostały w ustawie z dnia 11 marca 2011 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535 z późn. zm.). Stosownie do treści art. 5 ust. 1 pkt 1 wyżej cytowanej ustawy, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega między innymi odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Zaś zgodnie z art. 5a ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 ustawy, wymienionych w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na tej podstawie powołują symbole statystyczne. Stosownie do przepisu art. 41 ust. 1 ustawy stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art.



120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Jednakże zarówno w treści ustawy, jak i w przepisach wykonawczych, ustawodawca przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi. W myśl art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1.

Zgodnie z art. 146a pkt 1 i pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2013 roku, z zastrzeżeniem art. 146f:

- stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110 wynosi 23%,
- stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy wynosi 8%.

Odnosząc powyższe do poszczególnych zakresów czynności stanowiących przedmiot zamówienia opisanych w tabeli nr 1 i tabeli nr 2 załącznika A. I do SIWZ „Formularz cenowy ” należy stwierdzić że:

1. czynności wskazane w wierszu pierwszym tabeli nr 1 - „*Powierzchnia przeznaczona do utrzymania czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania*” - winny być sklasyfikowane pod symbolem 81.21.10 (usługi niespecjalistycznego sprzątnia budynków i obiektów przemysłowych, klasyfikacja PKWiU z 2008 r. obowiązująca do celów podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. Świadczenie tych usług, jako nie wykazanych w załączniku nr 3 do ustawy VAT objęte jest podstawową stawką podatkową tj. 23%,
2. czynności wykazane w wierszu drugim tabeli nr 1- „ *Powierzchnia przeznaczona do utrzymania czystości terenów zewnętrznych zabudowanych*” - winny być sklasyfikowane pod symbolami 81.29.12.0 (usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu) oraz 81.30.10.0 (usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni) klasyfikacji PKWiU z 2008 r. obowiązującej dla celów podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. Usługi te, jako wykazane w pozycjach 174 i 176 załącznika nr 3 do ustawy o VAT korzystają z obniżonej, 8 % stawki podatku VAT, którą należy zastosować przy ich świadczeniu,
3. czynności wskazane w wierszu pierwszym tabeli nr 2 – których istota polega na *usuwaniu i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania (np. meble, zużyty sprzęt AGD itp.) łącznie ze sprzątniem miejsc, z których odbierane były odpady,* winny być sklasyfikowane pod symbolem 81.21.10 (usługi niespecjalistycznego sprzątnia budynków i obiektów przemysłowych) klasyfikacji PKWiU z 2008 r. obowiązującej dla celów podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. Świadczenie tych usług, jako nie wykazanych w załączniku nr 3 do ustawy VAT objęte jest podstawową stawką podatkową tj. 23%,
4. czynności wykazane w wierszu drugim tabeli nr 2, których istota polega na *usuwaniu i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z terenów zewnętrznych (np.gрузu), łącznie ze sprzątniem miejsc, z których były odbierane odpady* - winny być sklasyfikowane pod symbolem 81.29.12.0 (usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu) klasyfikacji PKWiU z

2008 r. obowiązującej dla celów podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. Usługi te, jako wykazane w pozycji 174 załącznika nr 3 do ustawy o VAT korzystają z obniżonej, 8 %-owej stawki podatku VAT, którą należy zastosować przy ich świadczeniu.

Zgodnie z punktem 7.3 zasad metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.), zaliczanie danego produktu do odpowiedniego grupowania jest obowiązkiem producenta (usługodawcy). Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu (usługi) do właściwego grupowania PKWiU, w szczególności charakteru świadczonej usługi. Zawarta w aktach postępowania przetargowego opinia statystyczna wydana w dniu 4 sierpnia 2010 roku (pismo znak: OK-5672/PKD-2311/2010 Urzędu Statystycznego w Łodzi, potwierdza prawidłowość zastosowanego przez zamawiającego grupowania statystycznego, a co za tym idzie stawek VAT. W opinii tej wydanej w stanie prawnym obowiązującym w roku 2010, w którym dla celów podatkowych miała zastosowanie klasyfikacja PKWiU z 1997 roku, Urząd Statystyczny umieścił usługi wskazane powyżej w punkcie 3 w grupowaniu 74.70.1 PKWiU 1997 (odpowiadające w PKWiU-2008 r. 81.21.10.0), dla usług objętych w/w grupowaniem statystycznym do końca 2010 roku obowiązującą była stawka VAT 22%, natomiast od 1 stycznia 2011 roku świadczenie tych usług, jako nie wykazanych w załączniku nr 3 do ustawy objęte jest podstawową stawką podatkową 23%. Z kolei usługi wskazane powyżej w punkcie 4, Urząd Statystyczny umieścił w grupowaniu 90.03.13 -00 PKWiU 1997 (w PKWiU-2008 r. odpowiada mu grupowanie 81.29.12.0, które to grupowanie było wymienione w poz.153 załącznika nr 3 do ustawy VAT w brzmieniu obowiązującym w 2010 roku, a co za tym idzie usługi objęte w/w grupowaniem statystycznym korzystały z obniżonej (7% do końca 2010 roku) stawki VAT. Obecnie jest to pozycja 174 załącznika nr 3 ustawy o VAT, a usługi wykazane w tej pozycji korzystają w 2011 roku z obniżonej 8%-owej stawki VAT.

Przystawione wyżej stanowisko, Izba uznała za prawidłowe i potwierdzone wiarygodnym dowodem w postaci przytoczonej wyżej opinii uprawnionego organu statystycznego. Na uwzględnienie nie zasługiwał natomiast dowód przedstawiony przez odwołującego - opinii doradcy podatkowego, „rekomendującej” stosowanie stawki 8% podatku VAT od elementu usługi *usuwania i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania łącznie ze sprzątniem miejsc, z których odbierane były odpady*, w oparciu o grupowanie kod PKWiU 38.21.2 tj. usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne, wymienionych w pozycji 149 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług - jako nie potwierdzony dokumentem urzędowym, ograniczający się zaledwie do rekomendowania danego stanowiska, z przytoczeniem odnośnych unormowań.

W związku z powyższym, zachodziły podstawy do uznania poglądów odwołującego, iż może zastosować obniżoną stawkę podatku VAT dla wymienionego zakresu opodatkowania zgodnie z art. 43 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku VAT w oparciu o wykaz usług załącznika 3 do tej ustawy, gdzie w pozycji 149 wyszczególniono usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne, o symbolu statystycznym PKWiU 38.21.2 - za niewłaściwe. W ocenie Izby, w odniesieniu do usługi sprzątnięcia i załadunku do kontenerów pojemności 7m<sup>3</sup> odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania, zastosowanie znajduje stawka VAT 23%, również z tego względu, iż jest usługa subsydiarna, komplementarna w ramach usługi złożonej, gdzie zasadnicze znaczenie ma utrzymanie czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego utrzymania, opodatkowane stawką 23% co stanowi okoliczność bezsporną. Zachodzi bezpośredni związek ze sprzątnięciem powierzchni wewnętrznych wspólnego użytkowania, a gromadzeniem z nich odpadów, w tym wielkogabarytowych, jako elementem całej usługi. Stąd zastosowanie znajduje stawka jaką obciążona jest usługa główna. Na okoliczność taką wskazywał sam odwołujący przytaczając w uzasadnieniu odwołania stanowisko, iż w przypadku świadczenia o charakterze kompleksowym, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem zawartej umowy oraz czynności pomocnicze, które wykonanie umowy miały ułatwiać lub też być niezbędnymi do jej wykonania, stosować należy jedną stawkę podatku VAT, przytaczając pogląd ETS w wyroku z dnia z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise (Wielka Brytania), gdzie Trybunał uznał, że „w celu ustalenia dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść artykułu 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej.”

Stwierdzenie, że wykonawca obliczył cenę swojej oferty przy zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT, nie musi prowadzić automatycznie do odrzucenia takiej oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Skoro zgodnie z podanym nakazem ustawowym art. 36 ust. 1 pkt 12, zamawiający podaje w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty, to tym samym jest uprawniony, a zarazem zobowiązany jest sprawdzić - czy oferty wykonawców spełniają te wymogi, w tym również w

odniesieniu do prawidłowości podanej stawki podatku VAT. Sam fakt określenia w ofertach wykonawców odmiennych stawek VAT od tego samego przedmiotu opodatkowania może prowadzić do wniosku, że któraś z podanych stawek została oznaczona w niewłaściwej wysokości. Przy tym widzieć należy, że zamawiający bada ofertę pod względem poprawności wobec wzorca podanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co obejmują jego obowiązki.

Kwoty podatku VAT, w ofercie wykonawcy, winny wynikać z zastosowania stawki adekwatnej do przedmiotu i podstawy opodatkowania. Przepis § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2008 nr 212 poz. 1337 z późn. zm.) w razie stwierdzenia pomyłki w cenie, stawce lub kwocie podatku bądź w jakiejkolwiek innej pozycji faktury, upoważnia podatnika do wystawienia faktury korygującej. W przypadku pomyłki w określeniu stawki, zgodnie z rozporządzeniem podatnikowi służy prawo wystawienia faktury korygującej i zeznania VAT – korekta.

Z uwagi na sposób podania ceny oferty, wymagany przepisem art. 2 pkt 1 ustawy Pzp (powtarzany w SIWZ), który zobowiązuje wykonawców do podania ceny brutto, zawierającej ceny netto, kwoty tego podatku, obliczonej według oznaczonej stawki, stąd bez względu na to czy zamawiający poda określoną wysokość stawki, zawsze według wymagań SIWZ powinna zostać określona stawka właściwa, tj. zgodna z przepisem ustawy o podatku od towarów i usług dla danego przedmiotu opodatkowania. Podanie właściwej stawki podatku VAT wywiera bowiem wpływ na rozliczenia podatkowe zamawiającego, zatem jest wyrazem jego uzasadnionych potrzeb (określonych wprost odrębnymi przepisami ustawowymi) na równi z innymi wymaganiami odnoszącymi się np. do strony przedmiotowej oferty. Żaden przepis ustawy nie upoważnia Izby do czynienia jakichkolwiek rozróżnień z uwagi na okoliczność, iż zamawiający mają różny status jako podatnicy VAT.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż podanie w ofercie wykonawcy niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi w pierwszej kolejności niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ. Tak więc zachodzi również podstawa do odrzucenia takiej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Skoro podanie niewłaściwej stawki podatku VAT, jak wywodzono wyżej, w ocenie Izby, w pierwszej kolejności stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oznacza to, że dopuszczalna jest korekta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przy zachowaniu warunków określonych tym przepisem, to znaczy w zakresie niepowodującym istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter szczególny i obligatoryjny. Jego zastosowanie ma pierwszeństwo przed art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tak samo jak pierwszeństwo zastosowania ma art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, czy 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, zanim zamawiający będzie mógł np. odrzucić ofertę, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Aby zachodziły podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Izbę, tj. nakazania zamawiającemu poprawienia oferty, musi wystąpić przyznana, czy dopuszczana przez wykonawcę omyłka w tym zakresie. Odwołujący natomiast precyzując swoje zarzuty, stwierdził, iż świadomie, celowo zastosował stawkę podatku VAT do obliczenia ceny oferty, w zakresie elementu usługi *usuwania i załadunku do kontenera odpadów wielkogabarytowych z wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania łącznie ze sprzątnięciem miejsc, z których odbierane były odpady, z powierzchni wewnętrznych wspólnego użytkowania w wysokości 8%*. W tych okolicznościach, wbrew wyraźnemu stanowisku odwołującego, nie zachodziły podstawy do ustalenia, iż podanie wadliwej stawki było wynikiem omyłki. Brak skorygowania tego rodzaju wadliwości oferty, prowadzi do błędu w obliczeniu ceny i upoważnia zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Ad. II. Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż nie stanowi podstawy skutkującej odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, „nieprawidłowe dokonanie obliczeń matematycznych przy obliczaniu ceny.” Zamawiający oznaczył okres realizacji umowy na okres od 14 stycznia 2012 r. do 30 stycznia 2014r., stąd w opisie obliczenia ceny i formularzach cenowych znalazło się określenie ilości miesięcy tj. 24 miesiące i 17/30 miesiąca. Błąd rachunkowy, nie jest błędem w obliczeniu ceny, który stanowi przyczynę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Cechą odróżniającą błąd rachunkowy od błędu w obliczeniu ceny, jest m.in. możliwość ewentualnej poprawy tego pierwszego na podst. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na względzie, że zamawiający jednoznacznie zakwalifikował popełniony przez odwołującego jako „błąd matematyczny,” a więc rachunkowy - wynikający z wyliczeń, bezspornie zdaniem Izby, byłby zobligowany, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonać jego poprawy. Dokonanie wymienionej czynności poprawienia błędu rachunkowego, zgodnie z imperatywnym charakterem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzależnione od woli, czy uznania zamawiającego, ale stanowi jego obowiązek, wprost wynikający z przywołanej normy, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii – wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2010 (KIO/UZP 2593/10): „zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający jest obowiązany do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych i ze względu na użyty w przepisie tryb oznajmujący nie jest to możliwość, jaka stoi przed Zamawiającym, ale obowiązek.” Rację ma odwołujący, podkreślając, że ustawa Pzp nie zawiera żadnego ograniczenia co do zakresu poprawy omyłek rachunkowych, a w szczególności nie uzależnia dopuszczalności dokonania zmiany od skutków, które wywołane zostaną w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 tej

ustawy, zamawiający, zobowiązany jest dokonać poprawy omyłki, choćby poprawa skutkowałą nawet istotną zmianą treści oferty w zakresie zmiany ceny brutto oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż skoro wykonawca przy wyliczeniu ceny zastosował dane niezawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie dostosował wyliczeń do opisu obliczenia ceny zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia tj. zastosował do obliczeń nie ułamek zwykły ale ułamek dziesiętny, tym samym uczynił w sposób nienaprawialny, treść swojej oferty - nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie można bowiem nazywać, innym niż określonym w SIWZ sposobem obliczenia ceny, przypadku, gdy odmienność ta polega zastosowaniu we wzorze podanym przez zamawiającego, odpowiadającego ułamkowi zwykłemu, ułamka dziesiętnego.

Odwołujący przyznał, iż popełnił błędy rachunkowe przy wyliczeniu cen swojej oferty. Izba nie mogła jednak uznać w tym zakresie zarzutów odwołującego, z uwagi na uwarunkowania wprowadzone art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pozwalające na uwzględnienie odwołania, jeżeli zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro według poczynionych wyżej ustaleń, za zasadne zostało uznane odrzucenie ofert odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na wadliwą stawkę podatku VAT - nakazanie sprostowania popełnionych przez odwołującego omyłek rachunkowych byłoby bezprzedmiotowe i pozbawione wpływu na wynik postępowania.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, przez bezpodstawne odrzucenie przez zamawiającego ofert odwołującego, w zakresie części 2 i 3 zamówienia, ze względu na zastosowaną stawkę podatku VAT,
- 2) art. 91 ust 1 ustawy Pzp, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy czynności badania i oceny złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia, w konsekwencji wykazania powyżej wymienionych uchybień przepisom ustawy Pzp,
  - nie znalazły potwierdzenie, a stwierdzone naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie poprawienia omyłek rachunkowych w treści oferty odwołującego, nie miało wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust.1 oraz ust. 2 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania i zaliczyła na poczet tych kosztów uiszczony wpis od odwołania, stosownie do postanowień § 3 pkt 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**

.....

.....