

Sygn. akt KIO/UZP 220/08

WYROK
z dnia 31 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. , Mrągowo, ul. Lubelska 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Mrągowo, Mrągowo, ul. Królewiecka 60/ A** protestu z dnia 26 lutego 2008 r..

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Mrągowo, Mrągowo, ul. Królewiecka 60/ A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o , Mrągowo, ul. Lubelska 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Gminę Miasto Mrągowo, Mrągowo, ul. Królewiecka 60/ A** na rzecz **REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o., Mrągowo, ul. Lubelska 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. , Mrągowo, ul. Lubelska 5**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi pn. „Utrzymanie i konserwacja zieleni miejskiej na terenie miasta Mrągowo”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, **Odwołujący - REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. z siedzibą w Mrągowie** wniósł protest, a wobec jego rozstrzygnięcia poprzez oddalenie, odwołanie, w którym zarzucił **Zamawiającemu – Gminie Miasto Mrągowo z siedzibą w Mrągowie** naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655):

1) art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez

- a) błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- b) nie odrzucenie oferty ZUK Lubowidzki Sp. z o.o. z siedzibą w Mrągowie pomimo błędów

w obliczeniu ceny tej oferty,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 poprzez nie odrzucenie oferty ZUK Lubowidzki Sp. z o.o. pomimo niedozwolonej zmiany formularza ofertowego przez wykonawcę i tym samym doprowadzenia do niezgodności oferty z SIWZ,
- 3) art. 7 ust.1 poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, oceniając na podstawie kryteriów określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że niezasadne jest stanowisko Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera błędy w zakresie stawek podatku od towarów i usług. Zdaniem Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy stosować przepisy obowiązujące w dniu składania ofert, zatem stawkę podatku należało podać, jako stawkę 3%, obowiązującą u dnia 15.02.2008r. (dzień składania ofert).

Zgodnie z art.146 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) stawka podatku w wysokości 3% w odniesieniu do czynności, o których mowa w art. 5, których przedmiotem są towary i usługi wymienione w załączniku nr 6 do ustawy, obowiązuje do dnia 30 kwietnia 2008r.

Również Zamawiający potwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że usługi dotyczące przedmiotu zamówienia objęte są 3% stawką podatku od towarów i usług.

Odwołujący stwierdził, że nie ma żadnych podstaw do zastosowania innej stawki podatku od towarów i usług od dnia 1 maja 2008r. (7%), skoro Zamawiający także potwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że istnieje możliwość obniżenia po 1 maja 2008 r. 7% stawki VAT na usługi objęte przedmiotem zamówienia. Odwołujący powołał się na orzecznictwo arbitrażowe oraz przepis art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, „który odracza obowiązywanie zwiększonej 7% stawki podatku VAT”.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podał, że jego oferta zawiera najniższą cenę, nawet przy 7% podatku VAT. Oferta jest więc ofertą najkorzystniejszą.

Ponadto podał, że zróżnicowanej stawki podatku nie przewidziano w formularzu ofertowym. Podanie zróżnicowanej ceny oferty wynikającej z dwóch stawek podatku, doprowadziłoby do zmian formularza ofertowego.. Z SIWZ z pkt 16.2 wynikał zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian we wzorach druków.

Natomiast oferta złożona przez ZUK Lubowidzki Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, ponieważ wykonawca ten w swojej ofercie zastosował różne stawki podatku VAT (3% do dnia 30 kwietnia 2008 r. i 7% od dnia 1 maja 2008r.). W ocenie Odwołującego jest to błąd w obliczeniu ceny oferty, powodujący obowiązek jej odrzucenia.

Odwołujący stwierdził, że wskazany wykonawca podając zróżnicowane stawki podatku VAT naruszył postanowienie pkt 16.2 SIWZ, bowiem dokonał niedozwolonej zmiany formularza ofertowego, co powoduje także obowiązek odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, wobec czego postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty ZUK Lubowidzki Sp. z o.o.,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia w/w żądań,
- 5) unieważnienie postępowania w całości oraz
- 6) zasądzenie kosztów postępowania protestacyjnego i odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem.

Zamawiający oddalając protest podał, że w ofertach należało podać cenę obliczoną z zastosowaniem stawki podatku VAT, obowiązującej w dniu składania ofert, tj. z 3% stawką do dnia 30 kwietnia 2008r. i 7% od dnia 1 maja 2008 r. (art. 146 ust 1 pkt 1, art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług).

Skoro realizacja zamówienia obejmuje okres od 1 kwietnia 2008 r. do 31 grudnia 2010r., przy obliczaniu ceny należało zastosować zróżnicowaną stawkę podatku VAT.

Powołując się na dyrektywy unijne w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, w brzmieniu wprowadzonym art. 1 pkt 6 dyrektywy Rady 2007/75/WE z 20 grudnia 2007r. zmieniającej dyrektywę 2006/112/WE, Zamawiający podał, że Polska uzyskała możliwość dalszego stosowania obniżonych stawek podatku. Zatem istnieje możliwość obniżenia po 1 maja 2008r. 7% stawki podatku VAT na usługi objęte zamówieniem, jednakże w dniu otwarcia ofert nie zostały wprowadzone obniżki stawki usług wymienionych pod pozycją 135 załącznika nr 3 w stosunku do stawek określonych w art. 41 ust. 2 ustawy o VAT.

Zamawiający uznał, że Odwołujący podając stawkę podatku VAT 3% na cały okres realizacji zamówienia (1.04.2008r. – 31.12.2010r.), błędnie obliczył cenę oferty i błędu tego nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Pzp, ponieważ jest to przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy ZUK Lubowidzki Sp. z o.o., gdyż cena oferty tego wykonawcy została ustalona w sposób poprawny, wykonawca przyjął właściwe stawki VAT.

Zatem pozostałe zarzuty protestu, jako konsekwencja omówionych wyżej zarzutów, nie potwierdziły się.

Po przeprowadzeniu w czasie rozprawy postępowania dowodowego z dokumentów w postaci oryginalnej dokumentacji postępowania, dostarczonej przez Zamawiającego, wysłuchaniu wyjaśnień stron postępowania, które podtrzymały swoje wcześniejsze stanowiska, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W dokumentacji tworzącej SIWZ, w postępowaniu, którego przedmiotem jest usługa polegająca na „Utrzymaniu i konserwacji zieleni miejskiej na terenie miasta Mrągowa”, świadczona w okresie 1.04.2008 r. – 31.12.2010 r., Zamawiający użył co najmniej w trzech miejscach określenia dotyczącego ceny oferty.

W części podstawowej SIWZ w pkt 18. „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający podał, że ...„Cenę oferty należy określić z należytą starannością, na podstawie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z realizacją zadania wynikających z zakresu zamówienia, niezbędnych do wykonania zadania i doliczyć do powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę”. ...

W formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 1 dotyczącym ceny za prace wymienione w Dz. III pkt 3 i prace wymienione w Dz. III pkt 4, Zamawiający wskazał, że jako cenę ofert należy podać: cenę w zł. + % VAT= zł. /brutto...

W projekcie umowy Nr 1/ OPZ / 2008 w § 4 w ust. 1 i 2, Zamawiający określił, że wykonawcy za realizację zadań... przysługuje wynagrodzenie brutto.

W wybranej ofercie, złożonej przez firmę ZUK Lubowidzki Sp. z o.o. wykonawca podał cenę oferty jako cenę zwiększoną o 3% VAT za 1 m-c (kwiecień 2008 r.) i o 7% VAT za następne miesiące realizacji zamówienia. Zamówienie ma być wykonane terminie 1.04.2008 r. -31.12.2010 r.

Odwołujący podał w swojej ofercie, że prace wykona za cenę zwiększoną o 3% VAT, co oznacza, że podatek VAT będzie naliczany przez cały okres realizacji zamówienia wg stawki 3%.

Zamawiający oceniając oferty uznał, że oferta Odwołującego zawierająca jednolitą stawkę podatku VAT 3% za cały okres realizacji zamówienia, mimo, że od 1 maja 2008 r. stawka ta wynosi 7%, popełnił błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp i ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający wybrał drugą ofertę w tym postępowaniu, złożoną przez ZUK Lubowidzki Sp. z o.o., w której wykonawca podał dwie stawki podatku VAT, 3% za kwiecień 2008 r. i 7% za pozostały okres realizacji zamówienia, tj. okres 1.05.2008 r. -31.12.2010 r.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zasadniczą kwestią w sporze jest ustalenie, jaką stawkę podatku VAT należało podać w ofertach, zgodnie z opisem Zamawiającego dotyczącym zarówno sposobu obliczenia ceny, jak i przygotowania oferty, a także wynagrodzenia wykonawcy określonego w projekcie umowy. Kwestia ta była jedyną kwestią sporną pomiędzy stronami postępowania. Strony zgodne były co do tego, że do końca kwietnia 2008 r. obowiązuje podatek wg stawki 3%, natomiast od 1 maja 2008 r. stawka podatku wynosi 7%, różnice zdań sprowadzały się do poglądu, czy w ofercie należy podać podatek wg daty składania ofert, czy wg daty realizacji zamówienia, który w tym przypadku wynosi 33 miesiące, z czego w okresie obowiązywania stawki 3% okres realizacji zamówienia trwa 1 miesiąc, a stawki 7% 32 miesiące.

W ślad za ustaleniami Sądu Najwyższego, wyrażonymi m. in. w uchwale z dnia 21 lipca 2006. sygn. akt III CZP 54/06, w pierwszej kolejności należy odnieść się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zgodnie z tym przepisem, cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany 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.

Zdaniem Sądu z powyższego wynika, że cena, a więc świadczenie, które kupujący jest zobowiązany zapłacić sprzedawcy, obejmuje podatek VAT. Oznacza to, że sprzedawca nie będzie miał możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę, powołując się na to, że nie uwzględnia ona podatku VAT.

A contrario należy uznać, że kupujący nie będzie zobowiązany do zapłaty podatku VAT za realizację określonego świadczenia, o ile podatek nie będzie wynikał z umowy.

Podatek jest więc elementem cenotwórczym, który powinien być właściwie określony w ofercie i jako następstwo wybranej oferty, odpowiednio w umowie.

Przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) w art. 41 ust. 2 określiły, że dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy stawka podatku wynosi 7%...

Przepisy art. 146 ust.1 pkt 1, jako przepisy przejściowe i końcowe ustawy o podatku od towarów i usług, określają, że na okres przejściowy tj. od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 30 kwietnia 2008 r. stosuje się stawkę 3%...Zagadnienia te nie były sporne.

Przepisy powyższe obowiązują od wejścia w życie ustawy, obowiązywały w dacie składania ofert (15.02.2008 r.) i obowiązują nadal.

Zatem, wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu, wskazujące ceny za realizację zamówienia, trwającą w okresie obowiązywania przejściowo obniżonej stawki podatku VAT 3% przez 1 miesiąc (od 1 do 30 kwietnia 2008 r.) i w okresie obowiązywania stawki 7% przez 32 miesiące (od 1 maja 2008 r. do 31.12.2010 r.), powinni podać stawki zgodne z prawem, obowiązujące w dniu składania ofert. W dniu składania ofert stawki te były określone jako obowiązujące stawki, odpowiednio 7% od dnia 1 maja 2008 r. i jako przejściowa stawka 3% do 30 kwietnia 2008 r.

Ewentualne oczekiwania i spekulacje na temat przedłużenia okresu stosowania stawki obniżonej, nie mogły być brane pod uwagę, gdyż składając oferty uczestnicy postępowania zobowiązani są stosować obowiązujące przepisy prawne.

W ocenie KIO, podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ma okoliczność, że wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą spośród dwóch złożonych ofert. Stawka VAT w wysokości 3% została podana jako stawka obowiązująca w dacie składania ofert. Cena oferty jest ceną brutto, zatem wykonawcę obowiązuje właściwa stawka podatku VAT w dacie wystawienia faktury w całym okresie obowiązywania umowy. Odwołujący podał w czasie rozprawy, a Zamawiający temu nie zaprzeczył, że nawet gdyby w ofercie Odwołującego była naliczona stawka podatku VAT w wysokości 7% od 1.05.2008r., to i tak oferta Odwołującego byłaby korzystniejsza od oferty wybranej.

Nie potwierdził się natomiast drugi zarzut odwołania, bowiem wybrany wykonawca nie zmienił w sposób niedozwolony formularza ofertowego. Wzór formularza w ogóle nie został zmieniony, jedynie w miejsca przeznaczone na wstawienie stawki VAT, wykonawca stosownie do wskazania dwóch stawek podatku VAT, wpisał stawki 3% i 7%. Ponadto należy podnieść, że nawet zmiana formularza ofertowego, która nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

Potwierdził się główny zarzut odwołania, zatem KIO na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....