

Sygn. akt: KIO 2336/10

WYROK
z dnia 8 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „SKO – BUD” Jacek Skoczeń, 30-806 Kraków, ul. Chłopska 5** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji Rynku”, prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Mszana Dolna, 34-730 Mszana Dolna, ul. Józefa Piłsudskiego 2,**

przy udziale **Janiny Dudy** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe "JANDA" Janina Duda, 34-730 Mszana Dolna, Łostówka 271,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego oraz **Zakład Usług Malarsko – Drogowych A. Sarata J. Sarata Spółka Jawna, 33-300 Nowy Sącz, ul. Magazynowa 7** - po stronie odwołującego się wykonawcy,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „SKO – BUD” Jacek Skoczeń, 30-806 Kraków, ul. Chłopska 5** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „SKO – BUD” Jacek Skoczeń, 30-806 Kraków, ul. Chłopska 5**

Pouczenie:

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie [pismo z dnia 25.10.10r. z datą wpływu: 27.10.10r.] zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji Rynku” przez wykonawcę – Jacek Skoczeń, prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „EKO-BUD”. Wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego - Miasto Mszana Dolna, polegającej na odrzuceniu jego oferty, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł oraz kosztów wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł., zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, (2) art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, (3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także (4) art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niepoprawienie w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych i omyłek, polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i (5) art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. W uzasadnieniu, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania podał, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą z ofert nie odrzuconych i nie podlegających odrzuceniu. Wskazując na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Rozdział XIII.) podał, że w tym postępowaniu jedynym kryterium wyboru jest cena -100 %. Odwołujący złożył ofertę, zawierającą cenę brutto najniższą spośród ofert nieodrzuconych, a zatem niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia, narażając go na szkodę. W uzasadnieniu stanu faktycznego podał, że Zamawiający pismem z dnia 12.10.2010r., otrzymanym przez Odwołującego faksem w dniu 14.10.2010r., wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w terminie do dnia 19.10.10r. poprzez: (1)sprecyzowanie w załączonych referencjach powierzchni; (2)wyjaśnienie rozbieżności obmiaru w kosztorysach ofertowych; oraz (3)wyjaśnienie przyjęcia stawki podatku VAT 22% na zieleń. Pismem z dnia 18.10.2010r. Odwołujący załączył uzupełnione referencje oraz udzielił wyjaśnień w w/w kwestiach, wnosząc o

poprawienie przez Zamawiającego złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 22.10.2010 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym Zamawiający poinformował wykonawcę o odrzuceniu jego oferty. Uzasadnienie tej czynności – zdaniem wykonawcy - sprowadza się do wskazania, że oferta została odrzucona, gdyż oferta nie spełnia warunków SIWZ.

Wykonawca w uzasadnieniu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp podał, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 22.10.10 r. sprowadza się do wskazania, iż oferta została odrzucona, gdyż „w/w oferta nie spełnia warunków SIWZ”. Takie uzasadnienie niewątpliwie nie spełnia wymogów w/w przepisu oraz powoduje, iż czynność Zamawiającego, kwestionowana w odwołaniu nie może zostać kompleksowo oceniona przez odwołującego i Krajową Izbę Odwoławczą, albowiem Zamawiający nie wskazał, które elementy oferty Odwołującego uznaje za niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z tego Odwołujący odniósł się w odwołaniu jedynie do tych elementów, o których wyjaśnienie wezwał go Zamawiający pismem z dnia 10.10.2010r. Stwierdził także, że każde naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi jednocześnie naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Wskazując na orzecznictwo, podał także, że ważność i skuteczność czynności odrzucenia oferty wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniona od istnienia podstaw faktycznych dokonanej czynności, jak również od trafności i poprawności subsumcji istniejącego stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Powyższe oraz naruszenia wskazane poniżej doprowadziły do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdził, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem zmian, które Zamawiający winien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) oraz oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. W tym przypadku podał, że wykonawca wraz z pismem z dnia 18.10.2010r. dołączył do złożonej przez siebie oferty referencje z zaznaczoną powierzchnią oraz omyłkowo nie dołączoną do oferty stroną zestawienia pozycji kosztorysowych, wyjaśniając iż dołączenie brakującej strony nie powoduje żadnej zmiany wartości kosztorysu ofertowego, ponieważ wszystkie pozycje kosztorysowe zostały wycenione zgodnie z przedmiarem. W piśmie z dnia 18.10.10r. Odwołujący wyjaśnił również omyłki pisarskie i rachunkowe, których

wyjaśnienia domagał się Zamawiający w piśmie z dnia 10.10.2010r. Jednocześnie Odwołujący wniósł o poprawienie przez Zamawiającego - w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych -oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych i innych omyłek, które niewątpliwie nie wprowadzały istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem wykonawcy dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stosować z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 tej ustawy i w przypadku, gdy zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, dokonywać poprawienia treści oferty a nie jej natychmiastowego odrzucenia. Jego zdaniem – za orzecznictwem - „Dopuszcza się możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Oczywistość omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p.". Także „Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa i nieusuwalna w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.". Także wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w wyniku wezwania zamawiającego nie mogą być pominięte. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zdaniem Odwołującego omyłki w treści jego oferty były oczywiste, o czym świadczy wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W wyniku poprawienia przez Zamawiającego tych omyłek cena uległaby zwiększeniu w nieznacznym zakresie, tj. o kwotę 11.712,36 zł brutto. Omyłka dotyczyła 2 słupków z rur stalowych i 2 znaków nakazu, zakazu i informacyjnych oraz kosztów materiału roślinnego, co w porównaniu z zakresem przedmiotu zamówienia powoduje, iż były to oczywiste omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłki te należy uznać za drobne, błahie pomyłki, niezamierzone rozbieżności, a nie za podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 pkt. ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro zaś Zamawiający, zgodnie z powołanym orzecznictwem, związany jest wyjaśnieniami odwołującego na równi z ofertą Odwołującego, winien był uwzględnić wyjaśnienia, w wyniku czego oferta Odwołującego winna była być wybrana jako najkorzystniejsza, a nie odrzucona. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy (wyrok KIO z dnia 16.06.2010r., znak KIO/UZP 996/10; wyrok KIO z 10.06.2010r., znak KIO/UZP 999/10). Oferta Odwołującego w zakresie przedmiotu zamówienia jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, a zatem jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych naruszyło ten przepis oraz art. 7 powołanej wyżej ustawy. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, Odwołujący podał, że

Zamawiający pismem z dnia 10.10.2010r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia dotyczące zastosowanej stawki podatku VAT „22% na zieleni” uznając, że zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług stawka ta powinna wynosić 7%. Odwołujący odniósł się do tego zapytania, wskazując, iż usługi, związane z zielenią nie zostały wyodrębnione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako odrębna usługa, stanowią tylko niewielką część zamówienia i z tego względu należy traktować całe zadanie jako jedną usługę opodatkowaną podatkiem VAT 22%. Zdaniem wykonawcy w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest jakiegokolwiek przepisu, który wprost w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do okoliczności zastosowania niewłaściwej stawki podatkowej (wyrok KIO z dnia 18.06.2010r., znak KIO/UZP 1053/10). Odrzucenie oferty na takiej podstawie jest więc sprzeczne z w/w ustawą. Również w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający nie wskazał, jakoby na wydzieloną część przedmiotu zamówienia należało zastosować stawkę podatku VAT 7%. Tymczasem oferta Zamawiającego została odrzucona, z powołaniem się przez Zamawiającego na art. 89 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (niezgodność z SIWZ). Tym samym powyższe stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem przyjęcie stawki 22% na całość przedmiotu zamówienia nie stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ oraz jednocześnie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, albowiem Odwołujący przyjmując jednolitą stawkę 22% na całość przedmiotu zamówienia postąpił prawidłowo. Wskazał także na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.05.2002r., sygn. akt III RN 66/01, zgodnie z którym, podział jednorodnej, kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest w istocie jedna usługa, w skład której wchodzi elementy związane z zielenią ale które nie zostały wyodrębnione przez Zamawiającego jako osobne usługi i z tego względu nie mogą być opodatkowane odrębną stawką podatku VAT. Powyższe – zdaniem wykonawcy - znajduje potwierdzenie w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sygn. C-349/96, zgodnie z którym 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 przepisu artykułu 2(1) VI Dyrektywy, z którego wynika, 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. W niniejszej sprawie usługi, związane z zielenią niewątpliwie należy uznać za pomocnicze w stosunku do przedmiotu zamówienia, jakim jest „Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji rynku”. Z tego względu całość zamówienia winna była być objęta jednolitą stawką VAT 22% zgodnie z art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług, co uczynił Odwołujący. Wskazał także, iż dla Zamawiającego nie ma żadnego znaczenia ewentualnie przyjęta niewłaściwa stawka VAT dla pozycji kosztorysowych, gdyż w przypadku ceny ryczałtowej tylko na wykonawcy ciąży obowiązek zapłacenia prawidłowego VAT-u, a na zamawiającym - wskazanej w ofercie ceny końcowej brutto wykonawcy. Powołując przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca stwierdził, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wskazane wyżej naruszenia przepisów bez wątpienia miały wpływ na wynik postępowania, albowiem oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie odrzuconych.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca – Zakład Usług malarsko-Drogowych A. Sarata J. Sarata spółka jawna z Nowego Sącza podając, że posiada interes w przystąpieniu, albowiem jego oferta jest najniższa cenowo i została uznana przez Zamawiającego jako nie spełniająca warunków siwz i odrzucona, podobnie jak odrzucona została oferta Odwołującego, a w wyniku uwzględnienia odwołania i ponownej oceny - oferta przystępującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. W przystąpieniu wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.

Po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowo-Handlowe „JANDA” Janina Duda z Mszany Dolnej podnosząc, iż: odwołanie jest bezzasadne i wykonawca sprzeciwia się ewentualnemu uwzględnieniu zarzutów w nim postawionych jako zarzutów chybionych i bezprzedmiotowych. Jednocześnie wykonawca wniósł o zasadzenie kosztów wywołanych odwołaniem, w szczególności koniecznych kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę oraz ewentualnych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika lub pełnomocników. Przystępujący uzasadnia swój interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego faktem, iż jego oferta w rankingu oceny złożonych ofert jest ofertą najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert Zamawiającego - 100% cena. Zatem w przypadku, gdyby zgodnie z żądaniem Odwołującego dokonano ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się, poprzedzając to wcześniej unieważnieniem czynności odrzucenia jego oferty, a Zamawiający miałby obowiązek zachować się zgodnie z literą prawa i własnym rozstrzygnięciem, wykonawca utraciłby przedmiotowe zamówienie. Zdaniem wykonawcy Odwołujący nie uzasadnił bezpośrednio zarzutu łącznego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych, wobec tego zarzut należy uznać za merytorycznie bezzasadny i jako taki powinien być oddalony. Podniósł także, że wskazane przepisy mają charakter niezależnych norm ogólnych i powinny być zawsze stosowane w powiązaniu z przepisami szczegółowymi, co odwołanie pomija. I tak odwołanie nie wskazuje na uzasadnienie zarzutu, które działania Zamawiającego w przygotowaniu postępowania i na jakiej podstawie stanowią naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy. Analogicznie, odwołanie nie wskazuje na uzasadnienie zarzutu, które działania Zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania naruszają przepis art. 7 ust. 1 ustawy, w szczególności nie podano w jaki sposób nie zapewniły uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie podano też którzy wykonawcy byli rzekomo inaczej traktowani przez Zamawiającego w tych samych okolicznościach. Dalej podał, że równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja - oznaczają konieczność stawiania wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenę spełnienia stawianych warunków według tych samych wcześniej podanych do wiadomości kryteriów oraz przekazywania informacji identycznych w swojej treści wszystkim uczestnikom postępowania. Odwołujący nie wykazał żadnych przeciwnych działań Zamawiającego. Ponadto odwołanie nie wykazuje, że udzielono zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, co rzekomo narusza literalną treść art. 7 ust. 3 Ustawy. Przeciwnie, Zamawiający przeprowadził ocenę ofert, wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nieodrzuconych i zastosował do wyboru kryterium określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ocena ofert była poprzedzona przygotowaniem postępowania zgodnie z ustawą, a Odwołujący nie zakwestionował żadnymi środkami ochrony prawnej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przepis art. 7 ust. 3 jest rozumiany jednoznacznie w doktrynie jako wybranie wykonawcy przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności. Odwołujący nie wykazał żadnych przeciwnych działań Zamawiającego. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 jest bezzasadny. Nie zmaterializowała się więc przesłanka w postaci naruszenia ustawy w tym zakresie i odwołanie zgodnie z art. 179 ustawy nie mogło być skutecznie wniesione. Zdaniem wykonawcy, chybiona jest, przewijająca się w uzasadnieniu odwołania, argumentacja o tożsamości naruszenia każdego z przepisów ustawy PZP jako naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień. Już z samej wykładni logicznej wynika, że podstawowych zasad jest więcej niż jedna i nie pokrywają się wzajemnie, inaczej byłoby zbędne powoływanie ich w kilku normach i nie można ewentualnym naruszeniem przepisu szczególnego, naruszyć łącznie wszystkich zasad udzielania zamówień publicznych. Ustosunkowując się do treści odwołania Przystępujący podniósł także, że odwołanie w szczegółowym uzasadnieniu jest merytorycznie bezzasadne i jako takie winno zostać oddalone. Zdaniem Przystępującego wykonawcy, Odwołujący w pełni zdawał sobie sprawę z zakresu niezgodności jego oferty z

treścią SIWZ, gdyż sam szczegółowo opisuje to w odwołaniu. Do realizacji przesłanki z art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy wystarczająca jest jedna niezgodność z treścią siwz. Nie jest więc konieczne wyszukiwanie innych niezgodności treści dla wykonania dyspozycji przepisu i odrzucenia oferty odwołującego się. Nie sposób dopatrzeć się tu jednoczesnego łącznego naruszenia norm ust. 1 i 3 art. 7 ustawy PZP, z przyczyn wskazanych wyżej. Pomimo awizowanego uzasadnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 2 odwołanie milczy dalej w tym temacie, w szczególności nie podaje żadnych innych naruszeń wskazanej normy. I tak zamawiający dokonał jednoczesnego zawiadomienia wykonawców, podał podstawę prawną (podaną w odwołaniu, a więc znaną odwołującemu) i faktyczną (niespełnienia warunków określonych w SIWZ). W konkluzji stwierdził, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 jest bezzasadny, a do naruszenia ustawy w tym zakresie nie doszło. Nie zmaterializowała się więc przesłanka w postaci naruszenia ustawy w tym zakresie i odwołanie zgodnie z art. 179 ustawy nie mogło być skutecznie wniesione. Przystępujący stwierdził także, że Odwołujący nie wykazał również naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 87 ust. 2 ustawy PZP. Sam odwołujący przyznał, że złożył niekompletną ofertę. Wobec tego niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści oferty, co jak przyznał dokonał odwołujący. Jeżeli omyłki miałyby charakter „oczywisty”, co usiłuje wykazać odwołujący, to Zamawiający nie wzywałby wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Tym samym wyeliminowanie jest łączne stosowanie norm art. 87 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2, a zakresy przedmiotowe wskazanych uregulowań, w szczególności konsekwencje ich zastosowania się diametralnie różne: sprostowanie omyłek i dalsze ocenianie oferty przeciwko jej odrzuceniu. Tak więc normy te nie mogą być stosowane łącznie, jak stara się przekonać odwołujący. Obowiązek poprawienia dotyczy oczywistej omyłki i nie dotyczy sytuacji, gdy oferent pominie część zamówienia, ale rachunkowo gdy błąd popełniony przez wykonawcę jedynie w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób. Omyłka pisarska jest jednoznacznie odpowiednikiem tzw. „literówki” i też nie może być narzędziem do sanowania wadliwej oferty odwołującego. Sam odwołujący przyznał, że nie podał kosztów materiału roślinnego, co wykracza poza błąd arytmetyczny lub pisarski. Nie ma także charakteru omyłki przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP. Bagatelizowanie przez odwołującego wpływu niepodania danych (a nie jak usiłuje przekonać odwołujący omyłki) na łączną cenę oferty jest bez znaczenia dla stwierdzenia podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2. W przypadku lansowanej przez odwołującego interpretacji ustawodawca dopisałby we wskazanym przepisie wyrażenie „istotna treść”. Zwrócił także uwagę, że doktryna i orzecznictwo zajmowało się analogicznymi przypadkami ograniczenia kosztorysu jak podaje odwołujący. I tak zaprezentowanie kosztorysu w formie ograniczonej w miejsce żądanego kosztorysu zgodnego z SIWZ będzie ograniczeniem składanych informacji w

stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią SIWZ. Odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 do art. 87 ust. 2 pkt. 3 ma charakter wyjątku i nie może być interpretowane rozszerzająco. Zwrócił jednocześnie uwagę, że odwołujący unika konkretyzacji w zakresie kwalifikacji swoich uchybień do przepisów każdego z punktów art. 87 ust. 2, albowiem tylko kwalifikacja do pkt. 3 tego ustępu sanowałaby uchybienie odwołującego się jako omyłkę usuwalną ze skutkiem jak opisany w odwołaniu. Zdaniem przystępującego, odwołujący wprost przyznaje że jego omyłka miała charakter rachunkowy lub pisarski, a te omyłki nie mogą być przesłanką do niestosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zatem Zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 2 i do naruszenia Ustawy nie doszło. Nie zmaterializowała się więc przesłanka w postaci naruszenia ustawy w tym zakresie i odwołanie zgodnie z art. 179 ustawy nie mogło być skutecznie wniesione. Co do zarzutu stosowania ustawy o podatku od towarów i usług, przystępujący wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie dzielił „sztucznie” zamówienia na dwie usługi, albowiem w takim wypadku zmuszony byłby przeprowadzić dwa postępowania, ale nie wyklucza to przyjęcia że zamówieniem są objęte dwie niezależnie (wg kryterium pomocniczości) usługi w rozumieniu ustawy o VAT. Odwołujący nie kwestionował treści SIWZ, zatem zarzuty w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Nie składał też zapytań o treść SIWZ, więc należy uznać że na własne ryzyko przyjął błędna stawkę VAT. Ponadto w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ustępie 1 rozdziale XII Opis sposobu obliczenia oferty, wskazano, że cena oferty winna uwzględniać wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje. Niezgodność jest więc oczywista. W przedmiocie stawki podatku VAT na usługi związane z kształtowaniem terenów zielonych, zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), powołał się m.in. na poz. 135 załącznika nr 3, stanowiącego "Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku 7 %". Dalej podał, że w przypadku, gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze, czyli takie które nie stanowią dla zamawiającego celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, wykonawca (podatnik) opodatkowuje je tak jak usługę zasadniczą. Jednakże na gruncie postępowania nie było przesłanek do działań Odwołującego w zakresie kwalifikacji do stawki VAT. W celu ustalenia czy dana usługa może być uznana za usługę złożoną konieczne jest zbadanie przebiegu konkretnej transakcji w rzeczywistości z uwzględnieniem wszystkich ekonomicznych aspektów tej transakcji. Jak już powyżej zaznaczono konieczne jest ustalenie wzajemnych relacji pomiędzy usługami wchodzącymi w skład usługi złożonej w zakresie celów, które usługi te realizują. Zatem aby określić zasadnicze cechy transakcji w celu ustalenia, czy podatnik świadczy na rzecz klienta kilka odrębnych usług zasadniczych, czy też jedną usługę, należy opierać się przede wszystkim na treści zawartej umowy i ustalić co w istocie jest przedmiotem świadczenia.

Jeżeli przedmiotem świadczenia jest kilka usług, to wówczas należy określić jakie relacje zachodzą między nimi, to znaczy czy można uznać, że mają one charakter niezależny i autonomiczny, czy też jedna z nich ma charakter podstawowy a kolejne są jedynie uzupełnieniem i dopełnieniem głównej usługi. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przedmiotem prac jest „Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji Rynku” obejmująca swym zakresem: rewitalizację rynku, rewitalizację parku miejskiego, rewitalizację terenów Zakładu Gospodarki Komunalnej, rewitalizację Placu Targowego. Oceniając zakres prac, składających się na rewitalizację centrum miasta nie można uznać, że prace dotyczące kształtowania zieleni, są tak ściśle związane z realizacją innej głównej inwestycji, że nie mogą być traktowane jako niezależna usługa. Trzeba zauważyć, że w zakresie robót odnośnie rewitalizacji terenów Zakładu Gospodarki Komunalnej wskazano na nasadzenie zieleni, przy czym nie wynika z treści ogłoszenia ani Specyfikacji, że chodzi o zieleni towarzyszącą innym obiektom, ale o zieleni, która jest ujmowana w tym kompleksie robót niezależnie. Dodatkowo skoro chodzi o rewitalizację terenów, to należy przyjąć, że określony obszar ma być pokryty roślinnością, która nie będzie stanowić jedynie dopełnienia zabudowy, ale może być ujmowana jako niezależny element wszystkich prac związanych z rewitalizacją. Dlatego też, należy uznać, że dokonywane nasadzenia zieleni nie stanowią jedynie uzupełnienia innej usługi, ale są raczej jednym z kilku równoważnych elementów robót dotyczących rewitalizacji terenów zakładu Gospodarki Komunalnej.

Zatem w sytuacji, gdy przedmiotem umowy (zamówienia) jest usługa o symbolu PKWiU 01.41.12-00.00 - "Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych", która jest traktowana jako odrębne i niezależne świadczenie, to podlega ona opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług w wysokości 7 %, na podstawie poz. 135 załącznika nr 3 ustawy. W konkluzji stanowiska podał, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Z treści tego przepisu wynika, że bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny. Zatem błąd w stawce VAT nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, jak i też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Tym samym przyjęcie w ofercie błędnej, stawki VAT prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy. Przyjęcie w ofercie błędnej stawki VAT dla danej usługi czy dostawy towarów powinno być

kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych), który nie podlega poprawieniu w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i skutkuje odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r.nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], albowiem przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, o wartości 13.094.320,33 zł [3.410.867,50 euro], a zatem jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. nr 224, poz.1795), wydanych na podstawie art.11 ust.8 wskazanej ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec następujących czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że w odwołaniu oprócz zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy i naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak uzasadnienia podstaw odrzucenia oraz niedokonanie poprawienia oczywistych w treści oferty omyłek, w tym pisarskich oraz rachunkowych i innych, które wprowadzały istotne zmiany do treści oferty.

Mając na względzie wskazany przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp, oraz argumentację odwołującego się wykonawcy, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust.2 ustawy Pzp. Tak jak wskazano wyżej dotyczą one czynności, wobec których odwołanie nie przysługuje.

Rozpatrując zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten nie jest zasadny.

Na podstawie Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej [pismo z dnia 21.10.2010r.] wraz z uzasadnieniem z dnia 21.10.2010r. do ofert odrzuconych – Izba ustaliła, że oferta wykonawcy została odrzucona z powodu niezastosowania do usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych dla „Rewitalizacji Parku miejskiego w Mszanie Dolnej – Zieleń” stawki podatku VAT w wysokości 7 %. Izba stwierdziła także, że przedmiot zamówienia składa się z czterech zakresów, z których każdy podlegał odrębnej wycenie. Powyższe wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], w których wskazano, że przedmiot zamówienia: Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji Rynku swym zakresem obejmuje: I. Rewitalizację Rynku; II. Rewitalizację Parku Miejskiego; III. Rewitalizację terenów Zakładu gospodarki Komunalnej oraz IV. Rewitalizację Placu Targowego. W tym przypadku Zamawiający podał, że te usługi powinny być traktowane jako niezależne i zakwalifikowane jako usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych sklasyfikowane pod symbolem PKWiU 01.41.12. Także z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wymagał dla tego zakresu stawki podatkowej w wysokości 7%. Powyższe potwierdza załącznik do Opisu przedmiotu zamówienia – część IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zieleń – przedmiary i kosztorys w zakresie Rewitalizacji Parku Miejskiego. W załączniku tym na str 3, pod tabelą zestawienie kosztów, Zamawiający jednoznacznie podał, iż w tym przypadku należy zastosować stawkę 7% VAT na podstawie 01.41.12 PKWiU.

Zdaniem Izby, tak sformułowany przedmiot zamówienia nie pozwala uznać, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z jednorodną, kompleksową usługą i tym samym podział na cztery odrębne rodzaje jako podział sztuczny nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na cztery części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT. W tym przypadku Zamawiający elementy - usługi związane z zielenią wyodrębnił i z tego względu powinny być one opodatkowane odrębną stawką podatku VAT. Powyższe – zdaniem Izby - znajduje także potwierdzenie w cytowanym przez wykonawcę wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sygn. C-349/96, zgodnie z którym 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 przepisu artykułu 2(1) VI Dyrektywy, z którego wynika, 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. W niniejszej sprawie usługi, związane z zielenią niewątpliwie nie jest środkiem do lepszego wykorzystania trzech pozostałych zakresów. Każdy bowiem z tych zakresów jest tylko jednym z elementów składających się na przedmiot zamówienia, jakim jest „Rewitalizacja centrum miasta Mszana Dolna wraz z przywróceniem funkcji rynku”. Z tego względu do spornego zakresu ma zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 7 % zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług. W toku rozprawy, Izba potwierdziła także, że wymaganie specyfikacji w tym zakresie, co do zastosowania stawki podatku VAT nie było kwestionowane przez wykonawców, w tym także przez Odwołującego. Izba miała także na względzie, iż udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 12.10.2010r. co do zastosowanej stawki podatkowej VAT 22 % w miejsce 7%, wykonawca nie powoływał się na omyłkę pisarską czy inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, lecz kategorycznie powołując się na ustawę, wyjaśnienia Ministra Finansów i wyroki NSA stwierdził, że w tej sprawie ma zastosowanie stawka podatkowa w wysokości 22 %.

Zdaniem Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, podana w ofercie stawka podatku VAT nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba miała na względzie, że w myśl art. 66 § 1 k.c. oferta to oświadczenie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy. Tym samym ocenę treści oferty wykonawcy w stosunku do oczekiwań zamawiającego, należy odnosić do aspektów merytorycznych m.in. takich jak wynagrodzenie oraz inne istotne składniki przyszłej umowy określone w specyfikacji. Za taki istotny element Zamawiający uznał stawkę podatkową VAT, podając ją w siwz i której wysokość przed złożeniem oferty nie była przez wykonawcę kwestionowana. Na marginesie Izba zauważa, że w przypadku przyznania przez wykonawcę, że określenie stawki podatkowej dla spornego zakresu jest skutkiem jego omyłki, o której stanowi pkt 1 i/lub pkt 3 art. 87 ust.1 ustawy Pzp, to Zamawiający byłby uprawniony do poprawienia tej stawki podatkowej. Z oświadczeń i wyjaśnień składanych przez wykonawcę w toku postępowania, taka dorozumiana zgoda dotyczyła tylko pozycji kosztorysowych. Izba zwraca także uwagę, że brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której stanowi art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy, prowadzi w konsekwencji do odrzucenia oferty wykonawcy, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniając wniosku o zasądzenie kosztów na rzecz wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, miała na względzie przepis art. 186 ust.6 ustawy oraz § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), które to przepisy wskazują, w jakich przypadkach możliwe jest zasądzenie kosztów na rzecz przystępującego wykonawcy. Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż nawet w tych okolicznościach uzasadnione koszty uczestnika - podobnie jak i strony postępowania - ustalane są na podstawie rachunków.

.....

.....

.....