

Sygn. akt: KIO/UZP 1997/10

WYROK
z dnia 30 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 20 sierpnia 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie** na rzecz **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna, ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie.**

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie „Rekultywacja biologiczna docelowo ukształtowanego terenu po osadnikach „Krystyna” w kierunku leśnym – sadzenie drzew i krzewów oraz ich pielęgnacja”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 219-315308 w dniu 13 listopada 2010 r.

W dniu 20 sierpnia 2010 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych EKOBUD Ganczarski, Wianecki, Marzec spółka jawna z siedzibą w Piekarach Śląskich wniósł protest wobec czynności zamawiającego, dokonanych w dniu 11 sierpnia 2010 r., polegających na: odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez ACER Sp. z o.o. w Międzyrzeczu.

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT – 22%, art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zmianami), przez bezpodstawne odstępianie od zastosowania stawki podstawowej podatku VAT w sytuacji, gdy przedmiotowy zakres zamówienia zgodnie z określonym w siwz numerem CPV – 90722100-5 należało potraktować jako rekultywację terenów przemysłowych, opodatkowaną podatkiem od towarów i usług w wysokości 22%.

Odwołujący wniósł w proteście o uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, przeprowadzenie aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp i pkt 1.2.7.1 siwz i dopuszczenie odwołującego do udziału w aukcji.

W uzasadnieniu protestu odwołujący podniósł, iż zamawiający błędnie przyjął, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, powołując się przy tym na pismo Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 22 kwietnia 2010 r., który zaliczył usługi stanowiące przedmiot zamówienia do grupy 02.02.10-00.20 i 01.41.12-00.00, zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług z 1997 r. wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. Nr 42, poz. 264 z późn. zmianami). W ocenie odwołującego, przedmiot zamówienia należało potraktować jako rekultywację terenów przemysłowych. Obowiązująca Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług nie ujmuje tego rodzaju usług jako opodatkowanych inną stawką niż podstawowa, a więc są opodatkowane stawką w wysokości

22%. Zamawiający nie wskazał w siwz obowiązującej stawki VAT dla przedmiotu zamówienia, zatem obowiązek ten pozostał po stronie wykonawców. Z uzyskanych przez odwołującego informacji wynika, że zamawiający przygotowując kosztorys inwestorski, jak i podając kwotę netto i brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, posługiwał się stawką podatku VAT w wysokości 22%.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, wskazując, iż przyjęcie i zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT nie może być uznane za błąd w obliczeniu ceny, a zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji wysokości zobowiązań podatkowych wykonawcy. Odwołujący ponadto podniósł, że zamawiający posłużył się opinią prywatną wydaną na zlecenie zamawiającego przez Grupę Sienna.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp oznacza oddalenie protestu.

We wniesionym odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu odwołujący podtrzymał zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług oraz wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący uzasadnił swój interes prawny we wniesieniu odwołania wskazując, iż odrzucenie jego oferty uniemożliwiło mu udział w aukcji i ewentualne uzyskanie zamówienia.

W odwołaniu wykonawca powtórzył w całości uzasadnienie przedstawione w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby

doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w wyniku odrzucenia oferty odwołującego.

Izba zważyła, że z uwagi na datę wszczęcia postępowania, co nastąpiło przed datą 29 stycznia 2010 r. tj. datą wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759) do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji.

Zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II „Szczegółowe wymagania techniczne” siwz zamawiający określił zakres robót wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia jako:

- wykonanie rowów i dołków oraz wypełnienie ich ziemią urodzajną z nadkładu leśnego lub łąkowego, zakupioną w tym celu przez wykonawcę,
- wysadzenie w ustalony z Nadleśnictwem Katowice sposób i w uzgodnionym z tym Nadleśnictwem terminie agrotechnicznym ponad 100 000 drzew i krzewów na pow. ok. 14 ha – zakupione sadzonki powinny być mikoryzowane (zaszczone grzybnia) i posiadać świadectwo pochodzenia potwierdzające, że nasiona z których zostały wyhodowane pochodzą z właściwych drzewostanów nasiennych,
- przeprowadzenie pielęgnacji posadzonych drzew i krzewów przez okres 5 lat od momentu posadzenia, a w jej ramach:
 - wykaszanie traw,
 - uzupełnianie powstałych wypadów (wymiana uschniętych sadzonek drzew i krzewów na pełnowartościowe aż do osiągnięcia zamierzonego efektu),
 - zabezpieczenie posadzonych drzewek przed uszkodzeniem przez zwierzynę leśną np. poprzez zastosowanie odpowiednich preparatów lub wykonanie ogrodzenia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, spośród których tylko oferta złożona przez odwołującego przedstawia cenę z uwzględnieniem podatku VAT w wysokości 22%. Pozostali dwaj wykonawcy przyjęli - jako właściwą - stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 7%.

Pismem z dnia 9 marca 2010 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie podstawy do naliczenia stawki podatku VAT w wysokości przedstawionej w ofercie. W dniu 24 marca 2010 r. (pismo z dnia 23 marca 2010 r.) odwołujący wyjaśnił, że potraktował zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z określonym przez zamawiającego nr CPV 90722100-5, jako rekultywację terenów przemysłowych. Odwołujący uznał, że wykonanie rekultywacji jest głównym zadaniem inwestycyjnym wraz ze

wszystkimi elementami składającymi się na kompleksowy zakres tej inwestycji. Rekultywacja, zgodnie z klasyfikacją PKWiU z 1997 r., jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług w wysokości 22%.

Odwołujący stwierdził, że chociaż w zakres robót wchodzi także inne roboty, takie jak: sadzenie drzew i krzewów i ich pielęgnacja, to z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że przedmiotem sprzedaży będzie, co do istoty, tylko jedna usługa, na którą w rzeczywistości składają się wymienione wyżej poszczególne elementy, które stanowią część tej usługi. Odwołujący stwierdził, iż z uwagi na złożony charakter przedmiotu zamówienia – dla ustalenia właściwej stawki podatku od towarów i usług decydujące znaczenie ma charakter usługi zasadniczej, tj. w tym przypadku - usługa rekultywacji terenów przemysłowych, która jest opodatkowana stawką 22%.

Po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy, pismem z dnia 9 kwietnia 2010 r., zamawiający skierował do Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi zapytanie w sprawie właściwego zakwalifikowania, zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług, usług będących przedmiotem zamówienia w celu ustalenia właściwej stawki podatku VAT. Zamawiający wskazał na swoje wątpliwości, wynikające w szczególności z faktu złożenia ofert zawierających różne stawki podatku VAT, tj. 7% i 22%. Zamawiający w ww. piśmie przedstawił opis przedmiotu zamówienia ze szczegółowym określeniem przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podał także symbol kodu CPV, zgodnie z którym przedmiot zamówienia został zaklasyfikowany jako rekultywacja terenów przemysłowych.

W odpowiedzi na powyższe pismo Urząd Statystyczny w Łodzi pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. poinformował, iż zgodnie z zasadami metodycznymi PKWiU wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. nr 207, poz. 1293, z późn. zm.) wymienione przez zamawiającego usługi rekultywacji terenu, polegające na m.in. wykonaniu rowów, wypełnieniu ich humusem, sadzeniu drzew i krzewów, pielęgnacji upraw, uzupełnianiu wypadów oraz zabezpieczaniu sadzonek przed zwierzyną, mieszczą się w grupowaniach:

- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania (urządzenia) lasu: PKWiU 02.40.10 „usługi związane z leśnictwem”,
- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania pozostałych terenów: PKWiU 81.30.10.0 „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”.

W związku z § 2 powołanego wyżej rozporządzenia według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 89 poz. 844, z późn. zmianami) ww. usługi rekultywacji terenu, polegające na m.in. wykonaniu rowów, wypełnieniu ich humusem, sadzeniu drzew i krzewów, pielęgnacji

upraw, uzupełnianiu wypadów oraz zabezpieczaniu sadzonek przed zwierzyną, mieszczą się w grupowaniach:

- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania (urządzenia) lasu: PKWiU 02.02.10-00.10 „Usługi związane z hodowlą lasu (m.in. przeszczepianie, wtórne obsadzanie, przerzedzanie)”,
- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania pozostałych terenów: PKWiU 01.41.12-00.00 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”.

Natomiast, zgodnie z § 3 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym do celów podatkowych nadal stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. (Dz. U. Nr 42, poz.264, z późn. zmianami) ww. usługi rekultywacji terenu, polegające na m.in. wykonaniu rowów, wypełnieniu ich humusem, sadzeniu drzew i krzewów, pielęgnacji upraw, uzupełnianiu wypadów oraz zabezpieczaniu sadzonek przed zwierzyną, mieszczą się w grupowaniach:

- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania (urządzenia) lasu: PKWiU 02.02.10-00.20 „Usługi związane z hodowlą lasu”
- w przypadku, gdy dotyczą zagospodarowania pozostałych terenów: PKWiU 01.41.12-00.00 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych”.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu, w oparciu o ustalony w sprawie stan faktyczny, Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie przez zamawiającego, iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 22%.

Izba zważyła ponadto, że w ramach postępowania odwoławczego toczącego się na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wnosić odwołania i podnosić w nich zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać wyłącznie co do zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp. Izba nie znalazła zatem podstaw do rozpoznawania podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 41 ust. 1 ww. ustawy o podatku od towarów i usług, przez bezpodstawne odstępianie przez zamawiającego od zastosowania stawki podstawowej podatku VAT.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarówno z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz, jak i samej nazwy nadanej zamówieniu wynika, iż głównym przedmiotem świadczenia jest usługa - wykonania nasadzeń

drzew i krzewów i ich pielęgnacja na docelowo ukształtowanym terenie po osadnikach „Krystyna” obejmująca szczegółowo opisany w specyfikacji zakres robót. W ocenie Izby, użyte w samej nazwie zamówienia określenie „rekultywacja biologiczna” zostało jednoznacznie sprecyzowane przez zamawiającego w dalszej części tytułu zamówienia, po myślniku, jako „sadzenie drzew i krzewów oraz ich pielęgnacja”.

Izba uznała, że zamawiający występując do Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi w celu uzyskania niebudzącej wątpliwości opinii właściwej instytucji odnośnie prawidłowego zakwalifikowania, zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług, usług będących przedmiotem zamówienia w celu ustalenia właściwej stawki podatku VAT, dochował należytej staranności w zakresie wyjaśnienia powziętych w postępowaniu wątpliwości co do właściwej stawki podatku VAT.

Uzyskana przez zamawiającego opinia Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi jednoznacznie wskazuje prawidłowy sposób klasyfikacji przedmiotu zamówienia według PKWiU. Wskazana klasyfikacja daje podstawę do ustalenia, jako prawidłowej, stawki podatku od towarów i usług w wysokości 7%, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem formalnie właściwym do wydawania wiążących rozstrzygnięć w przedmiocie zastosowania właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Zważywszy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest m.in. cena, którą stosownie do art. 2 pkt 1 ustawy Pzp należy rozumieć jako cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) istotne jest ustalenie czy wykonawca, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w tym czy ujęta w cenie oferty (brutto) stawka podatku VAT jest prawidłowa. Zauważyć też należy, że podatek VAT, stosownie do definicji ceny zawartej w przywołanym przepisie ustawy o cenach, zawiera się w cenie, gdyż cena jest 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”. Izba rozstrzygając w przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp ma obowiązek dokonywać ustaleń w przedmiocie właściwego obliczenia ceny oferty, w tym także co do zastosowania właściwej

stawki VAT przy obliczeniu ceny oferty. Rozstrzygnięcie Izby w powyższym zakresie opiera się na zebranych w sprawie materiale dowodowym.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, zamawiający w sposób rzetelny i niebudzący wątpliwości wykazał, iż przyjęta przez odwołującego w cenie ofertowej stawka podatku VAT w wysokości 22% jest nieprawidłowa w odniesieniu do przedmiotu świadczenia w przedmiotowym zamówieniu. Odwołujący natomiast, opierając się wyłącznie na przyjętej przez zamawiającego w postępowaniu klasyfikacji przedmiotu zamówienia – na podstawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zauważyć przy tym należy, że klasyfikacja CPV nie stanowi podstawy do ustalania prawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Dla rozpoznawanej sprawy istotne znaczenie ma także kwestia: czy przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zarazem podstawę do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do powyższej kwestii, Izba uznała, że zastosowanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku od towarów i usług do obliczenia ceny przedstawionej w ofercie stanowi błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Po pierwsze, wyjaśnić należy czy w pojęciu „obliczenie ceny” mieści się czynność wynikająca z ustalenia i zastosowania stawki podatku VAT. Według słownika języka polskiego, słowo „obliczyć - obliczać” oznacza m.in. **1. licząc ustalić wielkość lub wartość czegoś, 2. uwzględnić coś w swoich planach, 3. zaplanować coś, zwykle jakiś termin lub ilość czegoś**. Powyższe rozumienie tego pojęcia wskazuje, że obliczenie nie jest tożsame wyłącznie z wykonaniem operacji rachunkowych na liczbach lecz oznacza także ustalenie wielkości, a zatem np. ustalenie podstawy, a następnie wysokości stawki podatku VAT, odpowiednio do rodzaju towaru lub usługi, a następnie uwzględnienie wartości tego podatku w cenie oferty, rozumianej zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Ponadto, wskazać należy, że w myśl art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, chyba że przepisy ustawy stanowią inaczej.

Pojęcie błędu, w rozumieniu art. 84 k.c., wiąże się niewątpliwie z instytucją oświadczenia woli. Generalnie, błędem jest mylne wyobrażenie składającego oświadczenie woli o prawdziwym stanie rzeczy. Zauważyć przy tym należy, że ustalenie i zaoferowanie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi niewątpliwie oświadczenie woli wykonawcy. Z błędem istotnym mamy do czynienia wówczas, gdy uzasadnione jest

przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia danej treści. W praktyce z reguły dotyczy to błędu co do faktu, polegającego na fałszywym wyobrażeniu np. o przedmiocie zamówienia lub cenie. Błąd w obliczeniu ceny nie jest błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (taki pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt XIX Ga 372/09). W szczególności podkreślić należy, że błąd w obliczeniu ceny zachodzi wówczas, gdy wykonawca, składając oświadczenie woli w ofercie co do ceny, przyjmuje nieprawidłowe założenia i na podstawie tych nieprawidłowych założeń oblicza cenę oferty.

Skoro ustawodawca w przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 89 ust. 1 pkt 6) wskazał, że oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu, to w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego (lub Izbę w ramach postępowania odwoławczego), że oferta zawiera taki błąd, zamawiający ma obowiązek ofertę odrzucić. Oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny nie może być porównywana z ofertami, które zawierają cenę obliczoną w sposób prawidłowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, gdyż narusza to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W niniejszym postępowaniu Izba ustaliła, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że odwołujący obliczając cenę oferty przyjął nieprawidłowe założenie w zakresie klasyfikacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z PKWiU, w celu ustalenia obowiązującej stawki podatku od towarów i usług, a następnie uwzględnił w cenie ofertowej wartość tego podatku w wysokości wynikającej z błędnie przyjętej stawki podatku VAT – 22% zamiast 7%. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty, który stanowi przesłankę odrzucenia oferty przez zamawiającego, co oznacza konieczność oddalenia odwołania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....