

Sygn. akt: KIO 81/12

## WYROK

z dnia 25 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk  
Aneta Mlącka  
Izabela Niedziałek-Bujak

**Protokolant:** Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **ZPH LUMAR Jacek Ogórkiewicz, ul. Wierzbowa 3, 85-374 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Drzymały 2, 64-200 Wolsztyn**,

przy udziale wykonawcy **STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o., ul. Handlowa 6A, 15-399 Białystok**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz dokonać czynności oceny ofert;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Drzymały 2, 64-200 Wolsztyn i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZPH**

**LUMAR Jacek Ogórkiewicz, ul. Wierzbowa 3, 85-374 Bydgoszcz**, tytułem wpisu od odwołania,;

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwa Wolsztyn, ul. Drzymały 2, 64-200 Wolsztyn** na rzecz wykonawcy **ZPH LUMAR Jacek Ogórkiewicz, ul. Wierzbowa 3, 85-374 Bydgoszcz**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż mebli biurowych, kuchennych oraz sprzętu AGD i RTV w nowej siedzibie Nadleśnictwa Wolsztyn” - podjętej przez Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Wolsztyn na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 756 ze zm.) [dalej ustawa Pzp]. Zdaniem wnoszącego odwołanie - ZPH LUMAR Jacek Ogórkiewicz unieważnienie postępowania oraz zaniechanie dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej narusza także art. 87 ust. 1 i art. 91 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania, uchylenie czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. W uzasadnienie wykonawca podał, że w decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał na załącznik nr 6 do SIWZ (zestawienie elementów wyposażenia), w którym zawarto zapis, że do cen netto należy doliczyć 23% podatek VAT, ale w związku z interpretacją Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 22.04.2011r., z której wynika, że rośliny żywe, cebulki, bulwy i korzenie powinny podlegać opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT na podstawie art. 146a pkt 2 ustawy, w związku z poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, taka stawka VAT dla całości dostaw w zakresie przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowa, bowiem rośliny będące składnikiem 5 z 209 pozycji przedmiotu dostawy powinny skutkować opodatkowaniem [będąc składnikiem wyrobu – kompozycji] 8% stawką podatku VAT. Zaistniała, według Zamawiającego, wadliwość SIWZ - nieprawidłowe wskazanie stawki VAT przez Zamawiającego ma charakter nieusuwalny oraz nie jest również dopuszczalne poprawienie błędnej stawki VAT w złożonych ofertach - prowadzi do naruszenia nakazu równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji prowadzi do zagrożenia unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o ewentualne powództwo Prezesa UZP, wytoczone na podstawie art.146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem wykonawcy, stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione, a ofertą spełniającą warunek wartości mieszczącej się w wartości przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zadania jest oferta firmy ZPH Lumar Jacek Ogórkiewicz, niezależnie od ewentualnego zastosowania niższej stawki VAT przez innych oferentów w przedmiotowych pozycjach ofert. W tym zakresie nieuzasadniony jest także zarzut Zamawiającego o potencjalnej możliwości naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców (art.7 ust 1 ustawy Pzp). Odwołujący stwierdził, że przygotował ofertę cenową w oparciu o zapisy rozdziału XIII SIWZ, wskazując

prawidłową stawkę podatku VAT. Wobec powyższego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonania czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty poprzestając na stwierdzeniu, że w załączniku nr 6 podał błędną stawkę VAT, co nie jest zgodne z prawdą i obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług, przy czym konstrukcja graficzna załącznika nr 6 nie przewidywała i nie pozwalała wykonawcy na wskazanie kwot naliczonego podatku VAT i kwot brutto dla poszczególnych pozycji. Stwierdził także, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z odesłaniem art. 2 pkt. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97 poz. 1050 ze zm.), porównywane ceny są cenami brutto. Zamawiający nie jest organem podatkowym uprawnionym do rozstrzygania wątpliwości powstałych w trakcie prowadzenia postępowania przetargowego, zwłaszcza jeżeli dotyczy to w ocenie Zamawiającego konieczności obniżenia stawki VAT zastosowanej przez wykonawcę, skutkującej pomniejszeniem wartości oferty złożonej przez Wykonawcę, a tym samym powodującej wzrost konkurencyjności oferty, zwłaszcza przy przyjęciu w SIWZ (Rozdział XIII pkt.6.1), że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena oferty brutto 100%, biorąc pod uwagę cenę łączną. Porównywane w trakcie postępowania (i płacone w trakcie realizacji umowy) ceny brutto, są ryzykiem wykonawców, zarówno w odniesieniu do rzeczywistych stawek podatku VAT, które będzie musiał zastosować i odprowadzić od uzyskanej ceny, jak i ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji, co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie miał prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp - odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Taka sama reguła odnosi się do czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, stanowiącej podstawę do złożenia odwołania. Wykonawca stoi na stanowisku, że wskazana w ofercie cenowej stawka podatku jest prawidłowa, albowiem oferta wykonawcy obejmowała donice zespolone z roślinami, uwzględniała ponadto ziemię do tych donic, kamyki oraz sztuczne ozdoby tworzące w sumie kompozycję. Według aktualnej interpretacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 04.01.2012 r., wynika, że chciał on otrzymać osobno donicę oraz osobno roślinę (bez ziemi), co pozostaje w sprzeczności z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia poz. 26,48,147 SIWZ (donice duże) oraz poz. 27,49 SIWZ (donice małe). Wyżej wskazany przedmiot dostawy został i musi być objęty 23% stawką podatku VAT, w przypadku rośliny sztucznej, a w przypadku rośliny żywej oferowanej łącznie z donicą i ziemią także 23% jako, że Wykonawca na rynku nie ma możliwości zakupu zestawu; donica, ziemia, roślina łącznie z inną niż 23% stawką VAT, a więc nie może złożyć oferty z inną stawką niż 23% VAT. Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 22.04.2011 r. , z której wynika, że rośliny żywe, cebulki, bulwy i korzenie powinny podlegać

opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT, dotyczy diametralnie odmiennej sytuacji, kiedy przedmiotem dostawy są rośliny żywe jako samodzielna i samoistna pozycja przedmiotu zamówienia. Stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu, na które powołuje się Zamawiający nie dotyczy stanu faktycznego i prawnego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przypadku przedmiotem dostawy są donice zespolone z roślinami wraz z ziemią, kamieniami oraz ozdobami tworzące komplet.). Odwołując się do wskazanej w piśmie z dnia 04.01.2012r. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. Sygn. akt: III CZP 52/11, wykonawca stwierdził, że Zamawiający zaniechał ustawowego obowiązku oceny ofert i stwierdzenia ewentualnych błędów w kontekście postanowień SIWZ, a podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania naruszył postanowienia: art. 93 ust.1 pkt 7, art.146 ust. 6, art. 7, art. 87ust. 1, art. 91 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zachodzą bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy, obawa Zamawiającego, że w przypadku wyboru oferenta może dojść do ewentualnego unieważnienia zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie znajduje uzasadnienia, gdyż żaden z wymienionych w art. 146 ust. 1 przypadków naruszeń ustawy stanowiący wadę w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt. 7, a więc taki, który skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania nie zachodzi w przedmiotowym postępowaniu.

#### **Rozpoznając odwołanie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale XIII - Opis sposobu obliczenia ceny podał, że w cenie oferty należało uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT), zgodnie z obowiązującą aktualnie stawką, a w zestawieniu elementów wyposażenia ujętym w załączniku nr 6 do SIWZ ustalił, że do cen netto należy doliczyć VAT 23%. W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp powołał się na interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu ILPP1/443-47/11-2/MP z 22 kwietnia 2011 r. stwierdzając, że wskazanie przez Zamawiającego 23% stawki podatku od towarów i usług dla całości dostaw w zakresie przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowe, albowiem rośliny wchodzące w zakres dostawy powinny być opodatkowane 8% stawką VAT. Jego zdaniem błąd w obliczeniu ceny został wywołany przez Zamawiającego, albowiem w SIWZ wskazał błędną stawkę podatku od towarów i usług w zakresie roślin i tym samym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji Zamawiającego w

formułowaniu postanowień siwz, zwłaszcza w sytuacji, gdy ten brak precyzji miałby eliminować wykonawcę z postępowania, które to rozstrzygnięcie mogłoby zostać uznane jako przejaw nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji [art. 7 ust. 1 ustawy Pzp]. Zamawiający powołał się także na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), z której jego zdaniem wynika, że oferty zawierające nieprawidłową stawkę podatku VAT podlegają – w każdym przypadku – odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. W konkluzji podniósł, że ten stan faktyczny powoduje konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania, albowiem zaniechanie unieważnienia postępowania rodzi ryzyko zawarcia umowy podlegającej następnie unieważnieniu. Wskazując także na art. 29 ust.1 ustawy Pzp stwierdził, że ograniczenie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ jedynie do użytego wyrazu „rośliny”, uniemożliwiło wykonawcom sporządzenie porównywalnych ofert i w konsekwencji niemożliwym jest dokonanie badania i oceny ofert w sposób rzetelny i obiektywny z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, co dodatkowo przemawia za koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Izba przede wszystkim wskazuje, że w powołanej uchwale z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) Sąd Najwyższy stwierdził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, tylko wtedy gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki o której stanowi przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Sądu (...) W ustawie Pzp ustawodawca obciążył zamawiającego najpierw obowiązkiem oceny ofert wykonawców, której rezultat - w zależności od przejawów negatywnego wyniku tej oceny - generuje albo obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, albo obowiązek odrzucenia oferty, jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca, niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie innej omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy stwierdził również, że (...) Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jeżeli zatem zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą wysokość określonej w ofercie ceny, to wówczas – w przypadku przyjęcia przez wykonawcę innej stawki - dochodzi do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka skutkuje obowiązkiem poprawienia oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Tak jak ustaliła Izba stawka podatkowa VAT bezspornie została określona w specyfikacji. Tym samym zastosowanie przez wykonawcę innej stawki podatkowej uprawniało Zamawiającego do jej poprawienia zgodnie z ustaleniami specyfikacji, z jednoczesnym powiadomieniem o tej czynności wykonawcy, którego oferty dotyczyłaby ta czynność. Izba stwierdza także, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, dokonanie tej czynności - poprawienie stawki VAT w jednej z ofert [nr 2] - pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, albowiem cena stanowiła jedyne kryterium wyboru i nawet przy przyjęciu niższej stawki podatkowej oferta ta uzyskiwała czwartą lokatę.

Izba stwierdziła również, że konstrukcja graficzna załącznika nr 6 oraz opis poszczególnych pozycji w tabelach, wskazują, że przedmiot dostawy – tak jak słusznie podnosi Odwołujący – obejmował donice zespolone z roślinami. Tym samym taki opis tej części zamówienia nie przewidywał i nie pozwalał wykonawcy na wskazanie kwot naliczonego podatku VAT i ceny brutto dla poszczególnych elementów kompozycji tzn. oddzielnie dla donic i oddzielnie dla roślin. To oznacza, że powoływana opinia Dyrektora Izby Skarbowej dotyczy innych okoliczności faktycznych, albowiem jak wskazano odnosi się do samych roślin żywych, cebulek, bulw i korzeni.

Izba dodatkowo podnosi, że nawet wskazanie przez Zamawiającego błędnej stawki podatkowej – w okolicznościach niniejszej sprawy - nie można byłoby kwalifikować jako naruszenie przepisu ustawy Pzp, które – jak stanowi art. 146 ust.6 ustawy Pzp – miałyby lub mogłyby mieć wpływ na wynik tego postępowania. W tym przypadku wszyscy wykonawcy na równych zasadach uzyskali informację o stawce podatkowej, a zatem mogli – wobec nie kwestionowania tej stawki przed złożeniem oferty - kalkulować cenę oferty na podstawie tych samych parametrów - na równych zasadach. Tym samym wskazywana przez Zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania okoliczność, związana z ustaloną w siwz stawką podatku VAT, nie mogłaby skutkować w konsekwencji w związku z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Także zdaniem Izby – jak stwierdził wykonawca - porównywane w trakcie postępowania (i płacone w trakcie realizacji umowy) ceny brutto są ryzykiem wykonawców, zarówno w odniesieniu do rzeczywistych stawek podatku VAT, które (..) będzie musiał zastosować i odprowadzić od uzyskanej ceny, jak i ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej za niewłaściwie przyjęte w umowie stawki podatku VAT.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, Izba stwierdziła, że zarzut wykonawcy dotyczący unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp jest zasadny i tym samym zasadny jest także zarzut naruszenia w tym postępowaniu art. 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 91 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba nie uwzględniła wniosku wnoszącego odwołanie wykonawcy o zasądzenie kosztów tytułem zastępstwa przez Izbę, z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy – do czasu zamknięcia rozprawy - rachunku wymaganego przepisem § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

.....

.....

.....