

Sygn. akt: KIO 1667/12

**WYROK**  
z dnia 14 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 roku przez wykonawców **Elżbietę Hryniewską, Katarzynę Gwiazdę, Łukasza Hryniewskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zajazd Borowik s.c, 07 – 402 Lelis, ul. Łodziska 1A** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Pomocy Społecznej w Wyszkanie, 07 – 200 Wyszaków, ul. 3 Maja 16**

przy udziale wykonawcy **Vendi Serwis Sp. z o.o., 03 – 610 Warszawa, ul. Sowizdrzała 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców Elżbietę Hryniewską, Katarzynę Gwiazdę, Łukasza Hryniewskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zajazd Borowik s.c, 07 – 402 Lelis, ul. Łodziska 1A, i**

**2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Elżbietę Hryniewską, Katarzynę Gwiazdę, Łukasza Hryniewskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zajazd Borowik s.c, 07 – 402 Lelis, ul. Łodziska 1A tytułem wpisu od odwołania;**

**2.2. zasądza od wykonawców Elżbiety Hryniewskiej, Katarzyny Gwiazdy, Łukasza Hryniewskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zajazd Borowik s.c, 07 – 402 Lelis, ul. Łodziska 1A na rzecz Ośrodka Pomocy Społecznej w Wyszkanie, 07 – 200 Wyszaków, ul. 3 Maja 16 kwotę 3.898 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt**

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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 **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**I. Ośrodek Pomocy Społecznej w Wyszkanie** (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Przygotowanie i dostarczanie obiadów dla dzieci w wieku szkolnym i dorosłych objętych wsparciem Ośrodka Pomocy Społecznej w Wyszkanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 30 maja 2012 r., poz. 2012/S 168679-2012 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 sierpnia 2012 r. Elżbieta Hryniewska, Katarzyna Gwiazda, Łukasz Hryniewski prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zajazd Borowik s.c. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wnosili o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie odrzucenia oferty firmy VENDI SERVIS,
- 4) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący,
- 5) zasądzenie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca VENDI SERVIS sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający wybrał ofertę firmy VENDI SERVIS, która według Odwołującego zawiera błędną stawkę podatku VAT. Cena wybranej oferty wynosi: brutto 43 745 96 zł, na którą

składa się cena netto 40 505.52 zł i 8% podatek VAT w kwocie 3 240.44 zł. Z oferty wynika że oferent zastosował jedną stawkę podatku VAT w wysokości 8% do całej wartości zamówienia. Z formularza cenowego, wynika że łączna wartość zamówienia w kwocie brutto wynosi 43 745.96 zł. Wartość ta obejmuje również usługi rozwożenia posiłków i naczyń jednorazowych. Zamawiający w §3 pkt 2 SIWZ - Warunki rozliczenia za przygotowanie i dostarczanie posiłków wymagał wydzielenia kosztów dowozu oraz naczyń jednorazowych, również w sposobie obliczania ceny §12 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał określenia kosztów transportu oraz naczyń jednorazowych. Wykonawca powinien zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług i rozporządzeniem z dnia 29 października 2008 roku w: sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWIU) dla PKWIU 49.41 usługi transportowej rozwożenia posiłków i PKWIU 25.24.23 naczynia jednorazowe zastosować stawkę podatku VAT 23%. Zamawiający zobowiązany był w ocenie Odwołującego do odrzucenia tej oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych ze względu na błąd w obliczeniu ceny spowodowany błędną stawką podatku VAT.

W wyjaśnieniach dotyczących treści złożonej oferty, oferent zdaniem Odwołującego podał nieprawdziwe informacje, o zastosowaniu dwóch stawek podatku VAT 8 i 23 % zgodnie z obowiązującym prawem podatkowym.

Wyjaśnienia te są sprzeczne z jego ofertą. W ofercie Wykonawca zastosował tylko jedną 8% stawkę podatku VAT na kwotę 3240.44 zł ponieważ w żadnej z wymienionych usług wykonawca ten nie zastosował stawki podatku VAT 23% tylko jedna łączna stawka 8% w łącznej kwocie 3 240.44 zł.

Wyjaśnienia te zdaniem Odwołującego w konsekwencji stanowią nieprawdziwe informacje i są próbą wyłudzenia zamówienia.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie, wobec postanowień SIWZ, nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W SIWZ Zamawiający określił następujące warunki rozliczenia za przygotowanie i dostarczanie posiłków (strona 4 SIWZ, kopia SIWZ – oraz innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu - w aktach sprawy):

1) Rozliczenia za dostarczone posiłki – zamawiane przez OPS w Wyszkanie) będą realizowane jeden raz w miesiącu na podstawie zestawienia liczby dostarczonych posiłków, potwierdzonej przez poszczególne szkoły.

2) Zestawienie należy wykonać (indywidualnie dla każdej ze szkół i zbiorczo dla osób dorosłych wraz z wydzielonymi kosztami dowozu oraz naczyniami jednorazowymi) i dostarczyć do 5 dnia każdego miesiąca następującego po miesiącu, w którym realizowano dostawy posiłków.

3) Zapłata za dostarczone posiłki nastąpi przelewem na konto Wykonawcy do 14 dni od dnia otrzymania faktury wraz z zestawieniem.

2. W ofercie należało złożyć formularz oferty i formularz cenowy, których wzory stanowiły załączniki do SIWZ. Formularz oferty miał zawierać zgodnie z SIWZ (strona 6) m.in. cenę za wykonanie zamówienia, termin realizacji zamówienia, oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami przetargu i warunkami przyszłej umowy oraz o przyjęciu tych warunków bez zastrzeżeń, informacją o Podwykonawcach.

3. Zgodnie z § 12 ust. 3 SIWZ, Wykonawca winien podać w formularzu ofertowym liczbowo i słownie cenę oferty brutto za wykonanie zamówienia oraz w formularzu cenowym cenę jednostkową brutto za jeden posiłek, koszty transportu oraz koszt naczyń jednorazowych.

4. W konsekwencji, zgodnie z SIWZ wykonawcy podawali w formularzu cenowym (w którym brak było miejsca na wskazanie stawki czy kwoty podatku VAT) ceny jednostkowe brutto za poszczególne usługi oraz sumę tych cen, która miała być przeniesiona do formularza ofertowego i stanowić podstawę porównania ofert. Równocześnie w formularzu ofertowym zamieszczono pole do wskazania stawki podatku VAT i kwoty – w sposób sugerujący możliwość wpisania jednej stawki VAT.

5. Przystępujący wypełnił formularz cenowy w sposób zgodny ze wzorem załączonym do SIWZ, metoda wypełnienia tego formularza nie budziła zastrzeżeń Odwołującego. Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał jedną stawkę VAT – 8% i kwotę odpowiadającą tej stawce.

5. Następnie w dniu 13 lipca br. Przystępujący wyjaśnił, że „w cenach zawartych

w formularzu cenowym za poszczególne usługi/dostawy zostały uwzględnione różne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. W formularzu ofertowym jak i cenowym Zamawiający nie przewidział możliwości podania stawek podatku VAT za poszczególne usługi/dostawy, w związku z czym stawki te nie zostały podane.”

6. Oferta Przystępującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie było sporne między stronami, jakie stawki podatku VAT są właściwe dla przedmiotu zamówienia. Spór ograniczał się do odmiennej oceny metody wypełnienia przez Przystępującego formularza ofertowego, który twierdził w złożonych wyjaśnieniach, że zastosował dwie stawki podatku VAT, natomiast w formularzu ofertowym wpisał tylko jedną stawkę. Rozstrzygnięcie zatem zarzutów odwołania sprowadzało się do oceny, czy metoda wypełnienia przez Przystępującego formularza ofertowego (niewątpliwie w sposób niespójny ze złożonymi w dniu 13 lipca 2012 r. wyjaśnieniami) mogła być podstawą do stwierdzenia, że oferta Przystępującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych oraz Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do tak zakreślonych granic sporu, Izba stwierdziła, że wobec postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, nie zaistniały podstawy odrzucenia oferty Przystępującego ani wykluczenia go z postępowania w związku ze sposobem wypełnienia formularza ofertowego i złożonymi wyjaśnieniami. Odwołujący mógłby mieć rację wyłącznie w sytuacji, gdyby w postępowaniu do oferty nie załączono formularza cenowego, w którym wskazano ceny brutto za poszczególne dostawy/usługi. Z postanowień SIWZ wynikało jednoznacznie, że jedynie ceny podane w formularzu cenowym będą podstawą do rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia (zgodnie z opisanymi w SIWZ warunkami rozliczenia za przygotowanie i dostarczanie posiłków – podstawą rozliczenia miały być podane w formularzu cenowym ceny: cena jednostkowa brutto za jeden posiłek, koszty transportu oraz koszt naczyń jednorazowych). W formularzu cenowym, w żadnym miejscu, w tym przy poszczególnych rodzajach usług nie wymagano podania stawki VAT. Globalną cenę z formularza cenowego należało przenieść do formularza ofertowego, i tylko ta cena była bazą do porównania ofert (cena była jedynym kryterium oceny). W konsekwencji Izba stwierdziła, że przy takiej konstrukcji formularza cenowego (jedynego formularza mającego znaczenie dla rozliczenia umowy) nie da się ustalić, że Przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny przez podanie błędnej stawki podatku VAT – skoro podano wyłącznie ceny

brutto za poszczególne usługi, i tylko one będą podstawą przyszłych rozliczeń. Rzeczywiście wystąpiła niespójność pomiędzy oświadczeniem zawartym w złożonych wyjaśnieniach o zastosowanych stawkach VAT, a sposobem wypełnienia formularza ofertowego, w którym wpisano tylko jedną stawkę VAT (wobec obaw przed konsekwencjami zmiany treści formularza cenowego można zaakceptować wyjaśnienia Przystępującego co do motywów takiego postępowania), jednak Izba stwierdziła, że w świetle postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu nie ma to żadnego znaczenia dla rozliczenia przyszłej umowy (dla ustalenia prawidłowości obliczenia ceny), bowiem formularz ofertowy miał znaczenie wyłącznie w zakresie podania ceny brutto – miała być ona podstawą do porównania ofert. Cena netto ani stawka podatku VAT podana w formularzu ofertowym nie miały żadnego znaczenia dla oceny ofert w tym przypadku, skoro decydujące dla ustalenia wynagrodzenia będą wyłącznie ceny brutto podane w formularzu cenowym, a podstawą porównania ofert – cena brutto z formularza ofertowego. W konsekwencji Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego ani wykluczenia go z postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....