

WYROK

z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 grudnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Św. Wojciecha 46**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Międzyrzecz w Międzyrzeczu, ul. Rynek 1**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Św. Wojciecha 46 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Św. Wojciecha 46** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę bieżącego utrzymania kanalizacji deszczowej odprowadzającej wody opadowe i roztopowe z terenu Gminy Międzyrzecz w okresie od 01.01.2014 r. do 31.12.2014 r. zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Międzyrzecz, ul. Rynek 1 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 listopada 2013r. za numerem 461576-2013.

W dniu 9 grudnia 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty SPECTARE spółki cywilnej Andrzej M. i Marek B. z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 25 m. 144 oraz o odrzuceniu oferty Międzyrzeczkie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Św. Wojciecha 46 – odwołujący, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). W treści siwz zamawiający narzucił wykonawcom stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Odwołujący dokonał zmian w treści formularza oferty przyjmując 8% stawkę podatku VAT przy obliczeniu ceny za :

1. utrzymanie kanalizacji deszczowej – teren Gminy Międzyrzecz,
2. kanalizację deszczową w drodze powiatowej (ul. Konstytucji 3 Maja).

Tym samym, zdaniem zamawiającego, złożył ofertę o treści niezgodnej z treścią siwz. Pozostali wykonawcy zastosowali stawkę podatku określoną w siwz. W tej, według zamawiającego, nie jest możliwe porównanie ofert zawierających różne stawki podatki VAT. Zaakceptowanie działań odwołującego, zdaniem zamawiającego, stanowiłoby rażące naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany do sprawdzenia zgodności treści każdej oferty z treścią siwz i w przypadku stwierdzenia takiej niezgodności do jej odrzucenia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest jednak, zdaniem zamawiającego, możliwe tylko gdy niezgodność mieści się w pojęciu „omyłki”. Umyślne zastosowanie w ofercie innej stawki podatku VAT niż wynika to z siwz nie może być, w ocenie zamawiającego, potraktowane jako omyłka. Szczegółowe uzasadnienie zastosowania przez odwołującego stawki 8%, załączone do oferty, wyklucza możliwość popełnienia omyłki i świadczy, że odwołujący zastosował stawkę świadomie.

W dniu 13 grudnia 2013r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio na biuro podawcze w dniu 10 grudnia 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego
 2. dokonanie wyboru oferty SPECTARE s.c. Andrzej M., Marek B. ul. Obrońców Tobmku 25 m. 144, 01-494 Warszawa, z rażącym naruszeniem prawa zamówień publicznych
- Postępowanie, w ocenie odwołującego, zamawiającego narusza:
- art. 7 ust 1 ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 – dalej ustawy) w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron,
 - art. 14 w związku z art. 58 k.c. poprzez błędne przyjęcie przez zamawiającego iż wskazanie przez wykonawcę w ofercie stawki VAT innej niż ustalona arbitralnie przez zamawiającego, stanowi podstawę do uznania, iż oferta wykonawcy jest nieważna i podlega odrzuceniu,
 - art. 89 ust. 1 pkt. 6 poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie przez zamawiającego, iż stawka podatku VAT wskazana przez wykonawcę jest błędna, w sytuacji gdy była ta stawka prawidłowa,
 - art. 91 ust. 1 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty droższej, w przypadku gdy jedynym kryterium wyboru oferty była cena.

Wniósł o zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem bezpodstawnie odrzuconej oferty i obciążenie kosztami postępowania stosownie do wyników postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że po ogłoszeniu przez Gminę Międzyrzecz przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami i stwierdził, że w załączniku nr 1 zamawiający wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 23% na wykonanie zadań związanych z usługą bieżącego utrzymania kanalizacji deszczowej gdy natomiast obowiązujące przepisy nakładają obowiązek stosowania stawki w wysokości 8%. O powyższej nieprawidłowości odwołujący powiadomił zamawiającego pismem o sygnaturze MPWiK/1991/2013 z dnia 19.11.2013, którego kserokopia do odwołania załączył oraz emailem z dnia 20.11.2013, którego wydruk do odwołania załączył. Do wyznaczonego terminu złożenia ofert zamawiający nie zajął stanowiska w tej sprawie.

Ponieważ podmiotem właściwym i zobowiązanym do ustalenia właściwej stawki VAT w ofercie jest wykonawca, który dla określenia stawki podatku powinien wziąć pod uwagę opis przedmiotu zamówienia i obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 lipca 2008 r.; sygn. akt KIO/UZP 732/08) i odwołujący złożył ofertę stosując powyższe zasady. Zastosowaną przez niego stawkę VAT uzasadnił dołączając wniosek o nadanie symbolu klasyfikacji PKWU, pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi nadające symbol PKWU, oraz Interpretację indywidualną Ministra Finansów.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że interpretacja indywidualna organu podatkowego jest wiążąca dla wykonawcy, który o nią wystąpił, i dlatego nie może wywoływać dla niego negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty.

Stanowisko zamawiającego odnośnie VAT pomimo, że wyraźnie zostało wskazane w siwz nie może mieć charakteru wiążącego dla wykonawcy, jeżeli nie było potwierdzone odpowiednimi przepisami prawa lub indywidualną interpretacją podatkową w tej konkretnej sprawie. Jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów i uczynił to w tej sprawie wydając interpretację indywidualną dla odwołującego. Ponieważ na wykonawcy zamówienia ciąży obowiązek prawidłowego zastosowania, obliczenia i wpłacenia podatku od towarów i usług z odpowiedzialnością karnoskarbową, zamawiający nie może narzucać stosowania niewłaściwej stawki VAT. Zamawiający nie jest organem uprawnionym do decydowania, jaka stawka VAT jest wiążąca dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie narusza wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisanej w art. 91 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszają o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT (wyrok KIO z 12 sierpnia 2009r.; sygn. akt KIO/UZP 987/09).

Zamawiający natomiast ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Elementem ceny jest podatek. Zamawiający więc jako prowadzący postępowanie i odpowiadający za prawidłową ocenę ofert w nim złożonych, przy uwzględnieniu ceny brutto (za całość przedmiotu zamówienia), ma obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwą cenę bądź właściwe stawki VAT. Jednakże jego działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi żadnych szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. A tak stało się, zdaniem odwołującego, w tym konkretnym przypadku.

Stanowisko takie jest zgodne z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2009r. (Sygn. akt 282/09) w którym stwierdzono że błędnie podanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 roku dopuszcza możliwość poprawienia przez zamawiającego błędnej stawki VAT podanej przez niego w siwz lecz może mieć to miejsce tylko wówczas gdy nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty. W tym konkretnym przypadku taka korekta spowoduje istotną zmianę zarówno z uwagi na tak znaczną zmianę ceny jak również z tego powodu, że dotyczy ona

podstawowego zakresu zamówienia jakim jest bieżące utrzymanie kanalizacji deszczowej a nie czynności dodatkowych to jest konserwacji i oczyszczenia odcinka rzeki i rowu oraz wydawania warunków technicznych dla podłączenia się do sieci kanalizacyjnej.

W dniu 30 grudnia 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz o odrzucenie odwołania w zakresie dokonania wyboru oferty Spectare s.c. Wniósł także o przeprowadzenie dowody ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oraz z indywidualnej interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 28 marca 2012r. ILPP2/443-32-12-4/EN. W uzasadnieniu swego stanowiska, co do dokonania wyboru oferty Spectare s.c. wskazał na treść art. 180 ust. 2 ustawy i podniósł, że odwołanie się od czynności wyboru przez zamawiającego tej oferty wykracza poza zakres przepisu art. 180 ust. 2 ustawy i odwołanie w tej części powinno być odrzucone. W pozostałym zaś zakresie powinno być oddalone. Zamawiający wskazał na opis przedmiotu zamówienia wyszczególniony w załączniku nr 12 do siwz, na pkt 8 siwz będący opisem sposobu obliczenia ceny, na pkt 3 wzoru formularza ofertowego i na § 10 wzoru umowy – załącznik nr 10 do siwz. Na podstawie powyższego wywiódł, że cena podana w ofercie winna zawierać kwotę i stawkę podatku VAT, kwota i stawka podatku powinna być podana w ofercie sporządzonego wg załącznika nr 1 do siwz, gdzie należało podać jedynie ceny netto i brutto dla poszczególnych elementów i cenę netto i brutto łączną i wyszczególnić stawkę podatku VAT. Formularz nie przewidywał możliwości podania wartości podatku. Aby sporządzić ofertę należało obliczyć ceny brutto poszczególnych jej elementów z uwzględnieniem stawki podatku w wysokości 23%, którą zamawiający wskazał w pkt 3 formularza ofertowego. W umowie ustalono zasadę wynagrodzenia ryczałtowego bez klauzuli jego zmiany w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. Odwołujący dokonał modyfikacji formularza ofertowego zmieniając stawkę podatku VAT na 8% za utrzymanie kanalizacji deszczowej – teren Gminy Międzyrzecz i kanalizację deszczową w drodze powiatowej (ul. Konstytucji 3 Maja). Zamawiający wskazał także na treść oferty odwołującego i załączone do oferty uzasadnienie zastosowania stawki oraz wniosek o nadanie symbolu klasyfikacji PKWiU, odpowiedź Urzędu Statystycznego w Łodzi oraz interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 12 marca 2013r. Zamawiający podniósł, że odwołujący we wniosku do Urzędu Skarbowego nie opisał całego przedmiotu zamówienia pomijając przedkładanie zamawiającemu projektów warunków technicznych na wykonanie przyłączy do sieci kanalizacji deszczowej oraz jednorazowe wykonanie prac związanych z utrzymaniem i konserwacją rzeki Paklicy polegających na usuwaniu namulów x dna oraz wykaszaniu porostów ze skarp i dna. Podniósł, że prawidłowy

opis stanu faktycznego jest niezbędny dla prawidłowej klasyfikacji i nadania symbolu PKWiU stanowiącego podstawę wydanej interpretacji indywidualnej. Wskazał na zastrzeżenie zawarte w tej interpretacji. Podniósł, że wskazana przez Urząd Statystyczny PKWiU i interpretacja indywidualna nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia określonego w siwz. Wyjaśnił, że pismo odwołującego, co do jego zdaniem prawidłowej stawki w postępowaniu wpłynęło na dwa dni przed terminem składania ofert, po upływie terminu, w jakim zamawiający obowiązany jest udzielać odpowiedzi i wyjaśnień co do treści siwz. Nie zawierało wniosku o wyjaśnienie treści siwz w trybie art. 38 ust.1 ani nie stwierdzało jakiegos naruszenia ze strony zamawiającego i zamawiający potraktował je jedynie jako informację. Swoje stanowisko co do stawki podatku VAT oparł o interpretację indywidualną wydaną dla podmiotu, który w latach 2011- 2013 świadczy na jego rzecz przedmiotowe usługi. Podniósł, że zastosowanie stawki podstawowej nie rodzi dla wykonawcy ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej. Zamawiający podniósł, że wykonawca nie był upoważniony samodzielnie wprowadzać zmian do treści siwz i jakiegokolwiek odstępstwo od postanowień siwz jest obarczone ryzykiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy treści oferty musi odpowiadać treści siwz, a zatem zamawiający uważa, że godzi w zasadę równego traktowania wykonawców porównywanie ofert odpowiadających treścią treści siwz i tych które tej treści nie odpowiadają. Postanowienia siwz obowiązują wykonawcę tak długo dopóki nie zostaną przez zamawiającego zmienione, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Ponownie podkreślił, że w siwz określił stawkę podatku VAT i wszyscy wykonawcy poza odwołującym się do niej zastosowali, zatem niedopuszczalne byłoby porównanie ofert zawierających różne stawki podatku VAT, co więcej cena netto oferty odwołującego jest ceną najwyższą spośród złożonych ofert, zatem gdyby pozostałym wykonawcom dostosować stawki do wartości podanych przez odwołującego, to oferta odwołującego byłaby ostatnia w rankingu. Zamawiający powołał uchwały SN z dnia 20 października 2011r. w sprawach sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 oraz wskazał, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy może mieć miejsce jedynie w przypadku nieumyślnego działania wykonawcy – wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010r. sygn. akt XII Ga 429/09, zaś odwołujący zastosował stawkę świadomie, a nie pod wpływem omyłki, co powodowało, że jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nadto nawet gdyby poprawić ofertę odwołującego, zgodnie z określoną w siwz stawką, to byłaby to istotna zmiana treści oferty, aż o 10% wartości.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 19

listopada 2013r., wydruku korespondencji elektronicznej pomiędzy odwołującym, a zamawiającym dowodzącego przekazania odpisu pisma z 19 listopada 2013r. drogą elektroniczną w dniu 20 listopada 2013r., oferty odwołującego tj. formularza oferty i uzasadnienia z dnia 21 listopada 2013r. – załącznik 1A do formularza oferty, wniosku o nadanie symbolu klasyfikacji PKWU, odpowiedzi Urzędu Statystycznego, Interpretacji indywidualnej znak : ILPP1/443-1154/12-4/MD, Interpretacji indywidualnej znak II.ILPP2/443-32/12-4/EN..

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w pkt 8 siwz zamawiający zawarł następujące postanowienia, co do sposobu obliczenia ceny:

8. Cena oferty:

- 1) Każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Nie prowadzi się negocjacji w sprawie ceny.
- 2) Cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia jest cena ryczałtowa brutto (razem z podatkiem VAT).
- 3) Cena oferty powinna być wyrażona w PLN po zaokrągleniu do pełnych groszy - dwa miejsca po przecinku (końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza);
- 4) Cena podana w ofercie musi być podana cyfrą i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz zawierać wyszczególnioną kwotę i stawkę podatku VAT;
- 5) Podstawą obliczenia ceny oferty jest zakres zamówienia określony w pkt 3 niniejszej SIWZ.
- 6) Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe zobowiązany jest do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia;
- 7) Ryzyko ustalenia wynagrodzenia w formie ryczałtu spoczywa na wykonawcy, stąd musi on należycie ocenić wartość przedmiotu zamówienia, gdyż nie może domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztu prac. Cena ryczałtowa wskazana przez wykonawcę w okresie ważności umowy nie może ulec zmianie;
- 8) Zamawiający w celu oceny oferty, której wybór prowadziłby do obowiązku podatkowego zamawiającego (w przypadku wykonawcy zagranicznego z krajów Unii Europejskiej), zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, doliczy do przedstawionej w ofercie ceny podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

We wzorze formularza ofertowego w pkt. 3 zamawiający nakazał wykonawcom składać oświadczenie o oferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową:

I. KANALIZACJA DESZCZOWA GMINY MIĘDZYRZECZ

1) UTRZYMANIE KANALIZACJI DESZCZOWEJ – TERENY GMINY

Ogółem netto zł/rok

słownie złotych rocznie

Ogółem brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/rok

słownie złotych rocznie

2) PRACE ZWIĄZANE Z UTRZYMANIEM I KONSERWACJĄ RZEKI PAKLICY (JEDNORAZOWO, NA ODC. OD WYLOTU KM 0+390, DO UJŚCIA DO RZEKI OBRY)

Ogółem netto zł/rok

słownie złotych rocznie

Ogółem brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/rok

słownie złotych rocznie

3) PRACE ZWIĄZANE Z UTRZYMANIEM I KONSERWACJĄ ROWU (JEDNORAZOWO, NA ODC. 50MB OD WYLOTU KAN.DESZCZ.) W GORZYCY

Ogółem netto zł/rok

słownie złotych rocznie

Ogółem brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/rok

słownie złotych rocznie

Łącznie miesięcznie: poz. 1) + poz. 2) + poz. 3)

netto zł /m-c,

słownie złotych miesięcznie

brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/m-c

słownie złotych miesięcznie

II. KANALIZACJA DESZCZOWA W DRODZE POWIATOWEJ (UL. KONSTYTUCJI 3 MAJA)

Ogółem netto zł/rok

słownie złotych rocznie

Ogółem brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/rok

słownie złotych rocznie

tj. miesięcznie:

netto zł /m-c,

słownie złotych miesięcznie

brutto (z podatkiem VAT – 23%) zł/m-c

słownie złotych miesięcznie

ŁĄCZNIE MIESIĘCZNIE: poz. I + poz. II

netto zł/m-c

słownie złotych miesięcznie

brutto (z podatkiem VAT – 23%)zł/m-c

słownie złotych miesięcznie
ŁĄCZNIE ROCZNIE (poz. I + poz. II) ZA WYKONANIE USŁUGI W OKRESIE OD 1.01.2014
r. do 31.12.2014 r.

netto zł

słownie złotych

brutto (z podatkiem VAT)zł

słownie złotych

We wzorze umowy z zakresie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy - §10 - zamawiający
zawarł następujące postanowienia:

1. Za realizację przedmiotu umowy w roku 2014 Zamawiający zapłaci Wykonawcy
wynagrodzenie w wysokości ryczałtowej:

1) za usługę bieżącego utrzymania kanalizacji deszczowej Gminy Międzyrzecz, po
dostarczeniu faktury na zakończenie każdego miesiąca kalendarzowego w kwocie
.....zł (słownie złotych)

wraz z należnym podatkiem
VAT.

2) za usługę bieżącego utrzymania kanalizacji deszczowej w drodze powiatowej
(ul. Konstytucji 3 Maja w Międzyrzeczu), po dostarczeniu faktury na zakończenie każdego
miesiąca kalendarzowego w kwocie zł (słownie złotych
.....) wraz z należnym podatkiem VAT.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, płatne będzie na rachunek Wykonawcy,
w terminie 14 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktur VAT, wystawionych przez
Wykonawcę na koniec miesiąca, poczynając od 31 stycznia 2014 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2013r. odwołujący poinformował zamawiającego, że zadania
wymienione w załączniku nr 12 siwz pkt 1 ppkt 1 objęte są stawką VAT w wysokości 8%, a
ponieważ obowiązek zastosowania, obliczenia i wpłacenia podatku VAT obciąża
wykonawcę, zamawiający nie może narzucać stosowania niewłaściwej stawki podatku VAT.
Ponadto zastosowanie niewłaściwej stawki powoduje, że cena jest nieprawidłowa.

W ofercie odwołujący w formularzu ofertowym zmodyfikował pkt. I. 1, I.3 poz. 1 i II oraz
łącznie miesięcznie i łącznie rocznie wprowadzając w pozycjach brutto wiersz o treści „brutto
(z podatkiem VAT —~~23%~~8% - patrz uzasadnienie do oferty) oraz netto (dla stawki 8% VAT) i
obliczając wartości brutto z uwzględnieniem we wskazanych pozycjach wartości podatku
według stawki 8%. W załączniku nr 1A do oferty odwołujący podał, że w pkt 3 poz. I pkt 1 –
utrzymanie kanalizacji deszczowej – tereny gminy i w pkt 3 poz. II – kanalizacja deszczowa
w drodze powiatowej (ul. Konstytucji 3 Maja) wskazał stawkę VAT 8% zgodnie z interpretacją
indywidualną ILPP1/443-1154/12-4/MD z dnia 12 marca 2013r. Dyrektora Izby Skarbowej w
Poznaniu. Jednocześnie wskazał, że zadania wymienione w załączniku nr 12 siwz pkt 1 ppkt

1, a dotyczące ww. punktów mieszczą się w grupowaniu PKWiU 37.00.11.0 – usługi związane z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków, zgodnie z odpowiedzią Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi – znak pisma OKN – 5672/KU – 3585/2012 z dnia 19 listopada 2012r. Powołał się na pismo z dnia 19 listopada 2013r. oraz wskazał, że zgodnie z ustawą i orzecznictwem KIO był zmuszony podać inną stawkę niż w siwz, gdyż błąd w stawce podatku powoduje, że cena zostaje ustalona nieprawidłowo i skutkuje odrzuceniem oferty.

Z wniosku o nadanie symbolu klasyfikacji PKWiU oraz udzielonej odpowiedzi przez Urząd Statystyczny w Łodzi wynika, że usługi opisane we wzorze umowy § 1 pkt 2 pkt 1 mieszczą się w grupowaniu PKWiU 37.00.11.0.

Z interpretacji indywidualnej z dnia 12 marca 2013r. znak ILPP1/443-1154/12-4/MD wynika, że do usług związanych z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków PKWiU 37.00.11.0 właściwa jest stawka podatku w wysokości 8%.

Z interpretacji indywidualnej znak ILPP2/443-32/12-4/EN wynika, że usługa wyczyszczenia sieci kanalizacji deszczowej lub kanalizacji ogólnospławnej, wpustów ulicznych, studni rewizyjnych, ciągów kanalizacji deszczowej wraz z wywiezieniem odpadów z czyszczenia w wyznaczone miejsce, wymiana uszkodzonych włączów, studni i kratek ściekowych, regulacja pionowa włączów i kratek, przeglądy techniczne urządzeń podczyszczających, została sklasyfikowana przez wnioskodawcę jako PKWiU 42.21.22.0. Na podstawie tej klasyfikacji Izba Skarbowa w Poznaniu uznała za prawidłowe stanowisko wnioskodawcy, że zastosowanie znajdzie stawka podatku w wysokości 23%.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż kwestionuje odrzucenie swojej oferty, a gdyby odwołanie zostało uwzględnione, jego oferta byłaby ważną w tym postępowaniu to będąc ofertą z ceną niższą od wybranej miałyby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Mając to na uwadze, Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie przez zamawiającego, iż stawka podatku VAT wskazana przez wykonawcę jest błędna, w sytuacji gdy była ta stawka prawidłowa

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z informacji o wyniku postępowania oferta odwołującego nie została odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, ale z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią siwz i to takiej niezgodności, której nie można poprawić w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czyli zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Podstawa prawna odrzucenia została powtórzona także wielokrotnie w treści odpowiedzi na odwołanie. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pozostaje bez związku z rzeczywistą podstawą odrzucenia oferty odwołującego, co w efekcie powoduje, że odwołujący nie zakwestionował dokonanej przez zamawiającego czynności. Co więcej odwołujący w odwołaniu dowodzi jedynie, że podana przez niego stawka podatku od towarów i usług nie była błędna, gdyż znajdowała oparcie w prawidłowej klasyfikacji symbolu PKWiU oraz w uzyskanej przez odwołującego interpretacji indywidualnej, natomiast odwołanie złożone przez odwołującego nie zmierza do wykazania, że treść jego oferty jest zgodna z treścią siwz, co powinien był wykazać w sytuacji, gdy podstawą odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ewentualnie odwołujący mógł bronić swojego stanowiska przez wykazanie, że zamawiający zaniechał poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może być stosowany jedynie w przypadku, gdy niezgodności treści oferty z treścią siwz nie da się usunąć w drodze poprawy omyłki. Odwołujący wręcz na rozprawie potwierdził, że świadomie zaoferował inną niż narzucona przez siwz stawkę podatku VAT i podnosił, że zmiana stawki podatku podanej w ofercie stanowi istotną zmianę w treści oferty. Tym samym odwołujący nie dopuszczał możliwości poprawy swojej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Biorąc pod uwagę to, że odwołujący nie kwestionował faktu, że treść jego oferty co do stawki podatku VAT nie odpowiada treści siwz oraz to, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego nie był błąd w obliczeniu ceny, Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 14 w związku z art. 58 k.c. poprzez błędne przyjęcie przez zamawiającego iż wskazanie przez wykonawcę w ofercie stawki VAT innej niż ustalona arbitralnie przez zamawiającego, stanowi podstawę do uznania, iż oferta wykonawcy jest nieważna i podlega odrzuceniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim podobnie jak w przypadku zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odwołujący stawia zarzuty nie związane z czynnością zamawiającego. Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego uznając ją za nieważną na podstawie art. 58 kc w związku z art. 14 ustawy. Zgodnie z art. 58 kc nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą (rozumianą jako Kodeks cywilny), mająca na celu obejście ustawy, czy sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Art. 58 kc dotyczy naruszenia przepisów ustawy Kodeks cywilny jak i naruszenia zasad współżycia społecznego. Nie oznacza to jednak, że przepisy szczególne do Kodeksu cywilnego nie mogą w odmienny sposób regulować wzajemnych praw i obowiązków stron. Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu ma właśnie miejsce. Art. 14 ustawy statuuje zasadę, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, zatem pierwszeństwo stosowania ustawodawca przyznał ustawie Prawo zamówień publicznych nad Kodeksem cywilnym, stanowiąc, że przepisy kodeksu cywilnego stosuje się dopiero, gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. Na gruncie analizowanej sprawy oferta odwołującego zawierająca zmianę lub uzupełnienie oferty zamawiającego (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) z mocy art. 68 kc rozumiana byłaby jako nowa oferta, ale na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych taka zmiana czy odstępstwo od postanowień siwz w ofercie powoduje odrzucenie oferty. Zmiana treści oferty w stosunku do treści siwz jest analizowana dwukrotnie najpierw przy ocenie czy zmiana jest wynikiem omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści ofert – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a w przypadku weryfikacji negatywnej, pod kątem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nie przesądza o tym, czy oferta odmienna w swojej treści z treścią siwz jest ofertą ważną na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego. Ustawodawca na potrzeby prawa zamówień publicznych mówi o ofercie podlegającej odrzuceniu, a nie o ofercie nieważnej, a oferta nieważna jest jedynie jednym z przypadków oferty odrzuconej – art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Podobnie jak w przypadku oferty odrzuconej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy może podlegać nawet ważna na gruncie Kodeksu cywilnego oferta, która jednak pochodzi od określonego wykonawcy, który nie może składać oferty na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w żadnym miejscu informacji o wyniku postępowania nie stwierdził, że oferta odwołującego jest nieważna na podstawie art. 58 kc i nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 14 ustawy w związku z art. 58 kc, a to dodatkowo w związku z konkretnym przepisem Kodeksu cywilnego (takim przepisem może być np. art. 39 kc – dotyczący sposobu reprezentacji osoby prawnej) lub konkretną zasadą współżycia społecznego. W przedmiotowym stanie faktycznym zarzut odwołującego zatem nie potwierdził się, a Izba w działaniu zamawiającego nie dopatryła się naruszenia art. 58 kc w związku z art. 14 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W rzeczywistości odwołujący nie przeczy, że w treści siwz zamawiający narzucił wykonawcom stawkę podatku VAT, ale polemizuje w odwołaniu z tą treścią siwz uznając ją za nieprawidłową. Odwołujący podnosi, że narzucona przez zamawiającego stawka jest nieprawidłowa, na dowód czego odwołujący przedstawia uzyskaną przez siebie interpretację indywidualną i pismo z Urzędu Statystycznego w Łodzi określające symbol PKWiU dla części usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie przeczy okolicznościom podanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. że zwrócił zamawiającemu uwagę na stawkę podatku VAT, która jego zdaniem miała zastosowanie dopiero na dwa dni przed terminem składania ofert tj. w dniu 20 listopada 2013r., podczas gdy postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 listopada 2013r. a sam odwołujący interpretacją podatkową dysponował od 12 marca 2013r. W ocenie Izby odwołujący przed upływem terminu składania ofert w dacie uprawniającej go do wnoszenia zapytań do siwz nie podjął czynności zmierzających do poznania stanowiska zamawiającego, co do prawidłowej stawki podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu i to zwłaszcza w sytuacji, gdy posiadał indywidualną interpretację podatkową na potrzeby przedmiotowo zgodnego (co przyznał sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie załączając siwz na okres 01.01.2013. – 31.12.2013r.) postępowania o udzielenie zamówienia i był w stanie w sposób jednoznaczny ustalić, że treść siwz odbiega od treści uzyskanej interpretacji. W ocenie Izby obecne czynności odwołującego zmierzają do doprowadzenia do sytuacji zmiany treści siwz po upływie terminu do składania ofert. W rzeczywistości bowiem odwołujący oczekuje, że zamawiającemu zostanie nakazane zaakceptowanie sytuacji złożenia oferty z inną stawką podatku VAT niż określona w siwz i z inną stawką niż była wiadoma wszystkim wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby rację ma zamawiający oceniając w odpowiedzi na odwołanie żądania odwołującego jako godzące w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, jak również prowadzące do braku porównywalności ofert. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty droższej, w przypadku gdy jedynym kryterium wyboru oferty była cena

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby wobec niepotwierdzenia się któregokolwiek z zarzutów podniesionych przez odwołującego, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, również nie potwierdził się. Skoro odwołujący skutecznie nie zakwestionował podstawy odrzucenia własnej oferty, to nie zasadne jest także twierdzenie odwołującego, że zamawiający dokonał wyboru oferty droższej. Zamawiający bowiem w rzeczywistości dokonał wyboru oferty z najniższą ceną spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołującemu zaś nie przysługiwało prawo do kwestionowania prawidłowości czynności oceny ofert innych niż jego własna – zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: