

**Sygn. akt: KIO 880/13**

**WYROK**  
**z dnia 30 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **16 kwietnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Alfa Guard Security, ul. Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Krościenko, ul. Trzech Koron 4, 34-450 Krościenko nad Dunajcem**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Alfa Guard Security, ul. Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Alfa Guard Security, ul. Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Krościenko, 34-450 Krościenko nad Dunajcem, ul. Trzech Koron 4** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Kompleksowa obsługa Nadleśnictwa Krościenko w zakresie dozoru i sprzątanias«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **28.03.2013 r. poz. 123312**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **12.04.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy GB sp. z o.o. z siedzibą w Szczawnicy, ul. Cieśliska 92, 34-460 Szczawnica;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Alfa Guard Security, ul. Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda**, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wykonawca **Alfa Guard Security, ul. Mickiewicza 10, 83-262 Czarna Woda**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **16.04.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na zastosowanie stawki 8% podatku od towarów i usług dla części zamówienia – „usługi sprzątanias biur” oraz „naprawa i konserwacja, obsługa instalacji grzewczej” zamiast stawki 23%.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) anulowanie dokonania wyboru wykonawcy, które nastąpiło z naruszeniem ustawy;
- 2) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spełniającej kryteria zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej w skrócie specyfikacji).

Argumentacja odwołującego

Stawka podatku od towarów i usług (VAT), jaką miał zastosować wykonawca w składanej ofercie nie została wprost określona przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji, jako wiążąca dla wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Oznacza to, że zamawiający nie wprowadził w specyfikacji reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w których ramach zamawiający ustanowiłby stawkę VAT, którą zobowiązani byliby stosować wykonawcy.

Zdaniem odwołującego błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, mogący stanowić podstawę odrzucenia oferty, odnosi się do omyłek rachunkowych lub innych błędów rzeczowych dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia, (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń) niepodlegających poprawieniu, a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku, do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karno-skarbową włącznie).

Oferta odwołującego została odrzucona w postępowaniu z uwagi na zastosowanie stawki VAT 8% dla części zamówienia – „usługi sprzątnia biur” oraz „naprawa i konserwacja, obsługa instalacji grzewczej” zamiast stawki 23%. Stawka VAT, jaką miał zastosować wykonawca w składanej ofercie nie została wprost określona i narzucona przez zamawiającego w postanowieniach specyfikacji, jako wiążąca dla wykonawców. Oznacza to, że zamawiający nie wprowadził w specyfikacji reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w których ramach określiłby stawkę podatku od towarów i usług, którą zobowiązani są stosować wykonawcy.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **16.04.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **18.04.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **29.04.2013 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

1. Zamawiający nie przedstawił w specyfikacji wymagań dotyczących stawek VAT.
2. Stawka VAT nie wpływa na wynik oceny oferty.

3. Zamawiający nie jest uprawniony ani zobowiązany do weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek VAT.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na zastosowanie przez odwołującego w ofercie 8% stawki podatku od towarów i usług dla części zamówienia „usługi sprzątnia biur” oraz „naprawa i konserwacja, obsługa instalacji grzewczej” zamiast stawki 23% – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w pozycji »sprzątnia biur« oraz »naprawa i konserwacja, obsługa instalacji grzewczej« zastosował stawkę VAT 8%, a powinna ona wynosić 23%. W związku z tym cena ofertowa brutto została błędnie wyliczona. Nie jest to przedmiotem sporu, gdyż odwołujący przyznał ten fakt.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zamawiający uznał, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. Natomiast odwołujący wniósł o dokonanie wyboru jego oferty i stwierdził, że zaoferowana cena brutto nie ulegnie zmianie podczas wykonywania zamówienia, a jedynie odwołujący płacąc wyższy podatek od towarów i usług niż przewidział to w ofercie narazi się na niższe przychody.

Rozpoznając sprawę skład orzekający Izby musi wziąć pod uwagę przede wszystkim uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11, w której Sąd

stwierdził, że cyt. **»Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki** (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)«. Przepisy te brzmią: (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny« i (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Zamawiający badając oferty ma obowiązek również badać wysokości stawki VAT. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców ustanowionej w art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis ten brzmi: »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

Obowiązek weryfikacji stawki podatku od towarów i usług wypływa wprost także z zacytowanych przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty ze specyfikacją, która to omyłka nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty. Jednak może to nastąpić w przypadku, gdy zamawiający ustanowi w specyfikacji wskazanie sposobu obliczania ceny, a szczególnie, gdy zamawiający zobowiąże wykonawców, aby zastosowali określoną stawkę podatku od towarów i usług.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie określił w specyfikacji sposobu obliczania ceny wskazując konkretną stawkę podatku od towarów i usług, którą zobowiązani byliby stosować wykonawcy. W takim przypadku, zgodnie z przytoczoną uchwałą Sądu Najwyższego, zamawiający musi stwierdzić wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i odrzucić ofertę.

Zgodnie z przytoczoną uchwałą Sądu Najwyższego poprawienie stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obligatoryjne – jednak tylko w przypadku, gdy stawka podatku została określona w specyfikacji i gdy poprawienie takiej omyłki nie będzie powodować istotnej zmiany w treści oferty.

Zgodnie z tą uchwałą ukształtowała się linia orzecznicza sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej po roku 2011, a więc wyroki, które były przytaczane przez odwołującego i które wszystkie zostały wydane przed wydaniem przedmiotowej uchwały nie mogły być podstawą do wydania niniejszego wyroku.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut nieprawidłowego odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na zastosowanie w ofercie niewłaściwej stawki VAT – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....