

WYROK

z dnia 22 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 30 grudnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Chełmży**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sprawowanie zarządu komunalnym zasobem budynków mieszkalnych, administrowanie mieszkaniowym zasobem gminnym oraz komunalnym zasobem lokali użytkowych wraz z terenami gminnymi, wykonywanie napraw, drobnych remontów oraz usuwanie awarii w mieszkaniowym zasobie gminy w latach 2014-2016* (nr postępowania GKM.271.1.9.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Chełmża**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Chełmży tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od przystępującego: Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na rzecz odwołującego: Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Chełmży kwotę 18600 zł 00 gr (słownie:**

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Chełmża – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp” lub „PZP”} pn. *Sprawowanie zarządu komunalnym zasobem budynków mieszkalnych, administrowanie mieszkaniowym zasobem gminnym oraz komunalnym zasobem lokali użytkowych wraz z terenami gminnymi, wykonywanie napraw, drobnych remontów oraz usuwanie awarii w mieszkaniowym zasobie gminy w latach 2014-2016* (nr postępowania GKM.271.1.9.2013)

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 listopada 2013 r. pod nr 2013/S_216-376059, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.bip.chelmza.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.853.658,55 zł, co stanowi równowartość 461.154,98 euro.

23 grudnia 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Chełmży {zwanemu również dalej w skrócie „ZGM”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach {zwanemu również dalej w skrócie „PGM”}.

30 grudnia 2013 r. (pismem z 27 grudnia 2013 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, która zawierała błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego dotyczącą stawki podatku VAT w ofertach z 20 października 2011 r. (syg. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11), określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący podniósł, że w wyniku zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, w wybranej ofercie zostały błędnie obliczone

następujące ceny ofertowe: po pierwsze – stawki roboczogodziny wraz z narzutami dla napraw bieżących, napraw konserwacyjnych i usuwania awarii, po drugie – ryczałt za zarządzanie terenami, realizację prac porządkowych oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych. Wykonawca zastosował jedną 8 % stawkę podatku VAT, natomiast Odwołujący uwzględnił dwie stawki 8 i 23 %, z uwzględnieniem rodzaju zarządzanych zasobów i rodzaju usług. Według Odwołującego przez to oferty nie mogą być porównywalne, choć ze względu na zasadę równego traktowania oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu winny być porównywalne.

Odwołujący dodał, że obowiązek weryfikacji stawki podatku od towarów i usług wynika z art. 87 ust. 2 pkt 3, a także art. 89 ust 1 pkt 6 pzp. W przypadku wystąpienia w ofercie pomyłki powodującej niezgodność oferty ze SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający musi dokonać poprawy takiej oferty, zaś w przypadku wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający winien odrzucić ofertę.

W piśmie z 9 stycznia 2014 r. Odwołujący uzupełnił, że domaga się nakazania Zamawiającemu: po pierwsze – odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej sp z o.o. z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny; po drugie – ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący uzupełnił w następujący sposób argumentację w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Według Odwołującego od 1 stycznia 2014 r., czyli dla okresu, w którym ma być realizowane zamówienie, stawka 8% do usług polegających na naprawach bieżących, naprawach konserwacyjnych i usuwaniu awarii oraz zarządzaniu terenami (za wyjątkiem realizacji prac porządkowych i utrzymania terenów zielonych) w ogóle nie ma zastosowania, gdyż właściwa jest stawka 23%, niezależnie od tego, czy dany obiekt zaliczany jest do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Wynika to z tego, że na podstawie art. 13 ustawy z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 35) od 1 stycznia 2014 r. przestało obowiązywać rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 4 kwietnia 2011 r. (t.j. Dz. U. 2013 r. poz. 247), które to stanowiło wyłączną podstawę prawną do stosowania obniżonej stawki podatku VAT (8%) m.in. do robót konserwacyjnych dotyczących budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym oraz robót konserwacyjnych dotyczących: obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, a także lokali mieszkalnych w

budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12 – w zakresie, w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 2 (§ 7 ust. 1 rozporządzenia). Rozporządzenie to definiowało roboty konserwacyjne jako roboty mające na celu utrzymanie sprawności technicznej elementów budynku lub jego części inne niż remont, co jest tożsame z częścią przedmiotu zamówienia. Według Odwołującego istotne znaczenie ma również wyraźne odróżnienie przez ustawodawcę robót konserwacyjnych od remontu, gdyż oznacza to że do tego typu prac nie ma zastosowanie również art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, który przewiduje preferencyjną stawkę do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. W ten sposób ustawodawca zdecydowanie rozdzielił konserwację budynków (stawka podstawowa) od ich remontu (stawka preferencyjna). Zdaniem Zamawiającego podobnie wydaje się czynić Zamawiający, gdyż prace o wartości powyżej 1 500,00 zł nie zaliczane są do przedmiotu zamówienia polegającego na zarządzaniu komunalnym zasobem nieruchomości, wykonywaniu napraw i usuwaniu awarii (rozdział II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia). Ponadto Odwołujący wskazał, że z uwagi na § 7 ust. 3 rozporządzenia do większości robót konserwacyjnych polegających na wymianie infrastruktury czy urządzeń (np. wymiana rur, zaworów, wodomierzy, liczników) i tak nie miała zastosowania preferencyjna stawka VAT, gdyż nie stosowało się jej, jeżeli wartość towarów bez podatku wchodzących w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy (dla przykładu wartość samego wodomierza stanowi co do zasady ponad 50% wartości usługi polegającej na jego dostawie i montażu).

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby regulacje podatkowe w 2014 r. były identyczne jak w 2013 r., to i tak oferta PGM zawiera błędy w obliczeniu ceny. Mianowicie z załączników 1-3 do SIWZ (zestawienie zasobu komunalnego lokali i terenu) wynika jednoznacznie, że do tego zasobu nie należą jedynie obiekty zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, lecz również obiekty tym programem nieobjęte (m.in. lokale użytkowe, budynki gospodarcze). Dla obiektów nieobjętych społecznym programem mieszkaniowym zastosowanie ma stawka podstawowa podatku VAT wynosząca 23%, a nie 8%. W tej sytuacji należało zatem wskazać dwie kwoty z dwiema stawkami VAT, w zależności od tego jakiej substancji lokalowej mają dotyczyć czynności konserwacyjne (jak to uczynił Odwołujący). Odwołujący powołał się na to, że analogicznie tę kwestię interpretują organy skarbowe.

Zdaniem Odwołującego podobnie nie ma podstaw prawnych do zastosowania stawki innej niż podstawowa do usług polegających na zarządzaniu terenami zielonymi, a zatem

również w tym zakresie oferta PGM zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący podkreślił, że *wszelkie odstępstwa od stosowania zasadniczej stawki podatkowej, muszą być wykładane jako wyjątki od zasady, a zatem nierozszerzająco. Inaczej rzecz ujmując, w przypadkach w których ustawodawca nie przewidział wprost, że dopuszczalne jest stosowanie stawki obniżonej, respektować należy naliczanie stawki podstawowej* (WSA w Łodzi w wyroku z 24 marca 2009r., sygn. I SA/Łd 1507/08). Według Odwołującego zgodnie z ugruntowaną opinią doktryny i judykatury błędne wskazanie stawki VAT w ofercie stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego nie można konwalidować korzystając z instytucji przewidzianej w art. 87 pzp (np. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). W orzecznictwie wskazuje się, że uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby interesy innych wykonawców biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem, stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 czerwca 2003 roku, sygn. V Ca 222/03; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 282/09). Zdaniem Odwołującego PGM jako profesjonalista w zakresie zarządzania nieruchomości, w ogóle nie wziął powyższych zagadnień pod uwagę i bezpodstawnie zastosował w ofercie jedną, preferencyjną stawkę VAT. Zamawiający natomiast, pomimo wieloletniej praktyki w zarządzaniu nieruchomościami (i świadomości co do stosowania nie jednej, a co najmniej dwóch stawek podatku VAT), w żaden sposób nie zweryfikował oferty PGM, nie poprosił nawet o wyjaśnienia. Przeciwnie, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej porównując dwie nieporównywalne oferty (z oferty Odwołującego arbitralnie uwzględniając przy ocenie zaledwie jedną z podanych w ofercie cen częściowych – ze stawką preferencyjną, a nie podstawową).

13 stycznia 2014 r. wpłynęła faksem do Izby odpowiedź na odwołanie z tej daty (17 stycznia 2014 r. wpłynął oryginał), w której Zamawiający oświadczył, że w całości podziela zarzuty podniesione w odwołaniu z 27 grudnia 2013 r. oraz w piśmie uzupełniającym z 9 stycznia 2014 r., a w związku z tym wnosi o uwzględnienie odwołania, orzeczenie o kosztach postępowania stosownie do art. 186 ust. 6 pzp, a także rozpoznanie sprawy także pod nieobecność jego przedstawicieli.

W zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający stwierdził, że brak podania przez PGM stawki podatku VAT wyrażonej wartością procentową spowodował, że porównanie i prawidłowa ocena wszystkich złożonych ofert nie były możliwe. Cena brutto wskazana przez tego Oferenta była wprawdzie najniższa spośród wskazanych

we wszystkich ofertach, ale prawdopodobnie nie wynikała z jego świadomej oceny sytuacji i kalkulacji kosztów wykonania usługi, lecz była rezultatem zastosowania kwoty podatku VAT niższej niż właściwa. Dla Zamawiającego nie ulega również wątpliwości, że uwadze Uczestnika postępowania umknął fakt, że w komunalnym zasobie lokali i terenu znajdują się obiekty, których utrzymanie opodatkowane jest podatkiem VAT w dwóch różnych stawkach. Przygotowując ofertę należało podać koszty utrzymania poszczególnych typów obiektów i doliczyć do nich podatek VAT we właściwej wysokości – odpowiednio 8 lub 23%. Także w tym zakresie obliczenie ceny przez PGM nie było prawidłowe.

Zamawiający z całą mocą podkreślił, że Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11) wskazał, że oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, jeżeli ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. Z tego względu błąd w obliczeniu ceny przez jednego z oferentów w analizowanym stanie faktycznym – również zdaniem Zamawiającego – prowadził do naruszenia zasady konkurencyjności.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 27 grudnia 2013 r. wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – 30 grudnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

16 stycznia 2014 r. Przystępujący przesłał do Izby faksem sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Odwołującego {oryginał pisma został złożony na posiedzeniu 17 stycznia 2014 r.}. Przystępujący w następujący sposób odniósł się do zarzutów zawartych w odwołaniu.

Odnosnie zarzutów nieprawidłowego wyliczenia stawek VAT na usługi określone w pozycji nr 2 i nr 3 załącznika nr 9 do SIWZ, Przystępujący wyjaśnił, co następuje.

Według Przystępującego przedstawiony przez niego sposób obliczenia ceny i przyjęte stawki VAT są zgodne z treścią SIWZ w załączniku nr 9, w którym wyraźnie określono sposób obliczenia ceny. Zgodnie z SIWZ wynagrodzenie miesięczne za całość świadczonych usług składa się z: po pierwsze – wynagrodzenia za zarządzanie zasobem lokali mieszkalnych i zasobem lokali użytkowych, z wyraźnym rozbiciem wynagrodzenia liczonego za metr kwadratowy powierzchni użytkowej lokali mieszkalnych oraz wynagrodzenia za metr kwadratowy powierzchni lokali użytkowych, po drugie – stawkę roboczogodziny, rozpisaną na kwotę netto, stawkę VAT i brutto wraz z narzutami, dla napraw bieżących, napraw konserwacyjnych i usuwania awarii; po trzecie – ryczałt za zarządzanie terenami, realizację prac porządkowych oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych.

W ocenie Przystępującego chybnym jest zarzut, że ponieważ od 1 stycznia 2014 roku przestało obowiązywać rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2013, poz. 247), nie można było na tej podstawie kalkulować podatku VAT, gdyż w chwili sporządzania kalkulacji cenowej powyższe rozporządzenie było obowiązujące. Ponadto 23 grudnia 2013 r. Minister Finansów wydał kolejne rozporządzenie w sprawie towarów i usług dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz.U. 2013, poz. 1719), które powiela zapisy wcześniejszego uregulowania w przedmiocie, że roboty konserwacyjne dotyczące budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym oraz roboty konserwacyjne w obiektach budownictwa mieszkaniowego, z wyłączeniem lokali użytkowych, a także roboty konserwacyjne w lokalach mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w PKOB w dziale 12 objęte są stawką 8% VAT (§ 3 ust. 1 rozporządzenia).

Przystępujący oświadczył, że wobec obowiązywania powyższych preferencyjnych stawek VAT oraz przyjętego w SIWZ sposób określenia ceny, przyjął w poz. 2 ceny ofertowej stawkę VAT preferencyjną, mając na uwadze charakter usługi dominującej jaką jest konserwacja na lokalach mieszkalnych. Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w poz. 2 załącznika nr 9 SIWZ – w przeciwieństwie do poz. 1 – nie żądał rozbitcia cenowego na dwa rodzaje świadczonych usług.

Ponadto Przystępujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza może uwzględnić odwołanie tylko wówczas, jeżeli stwierdzi, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Natomiast stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które nie miało lub potencjalnie nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, nie jest przesłanką uwzględnienia odwołania. Przy czym przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć zmianę lub możliwość zmiany

w wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Przystępującego nawet przyjmując argumenty Odwołującego, że w zakresie ceny za usługi konserwacyjne należy przyjąć zróżnicowane stawki VAT, nie zmienia to faktu, że to oferta Przystępującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Cena netto za wynagrodzenie z tytułu remontów, bieżących napraw za roboczogodzinę u Przystępującego jest na poziomie 20 zł, zaś u Odwołującego w wysokości 24,50 zł. Przystępujący stwierdził, że jego ceny brutto nawet przy stawkach podstawowych podatku VAT będą w tym zakresie niższe aniżeli ceny netto Odwołującego. Tym samym nawet w przypadku ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów ustawowych – nie miało to w tej sytuacji żadnego wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Przystępującego nieuzasadnione są również zarzuty co do jego oferty w zakresie wynagrodzenia za zarządzanie terenami, realizację prac porządkowych oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych. Przystępujący wskazał, że sformułowanie Zamawiającego zawarte SIWZ literalnie odnosi się wyłącznie do terenów zewnętrznych. Tymczasem stawka VAT za usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu (PKD 81.29.12.0) oraz usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych (PKD 81.30.12.0) jest stawką preferencyjną 8% – zgodnie z załącznikiem nr 3 poz 174 i 176 do ustawy o podatku od towarów i usług. Ponadto Przystępujący stwierdził, że w tym zakresie Zamawiający wskazał na wynagrodzenie ryczałtowe, które Przystępujący skalkulował w pełni świadomie.

Zdaniem Przystępującego skoro Zamawiający w poz. nr 1 załącznika nr 9 do SIWZ wyraźnie wskazał na potrzebę rozbicia wynagrodzenia na powierzchnię lokali mieszkalnych i powierzchnię lokali użytkowych, a nie uczynił tego w poz. nr 2 i nr 3, to oczywiste jest że pozycje te zostały potraktowane jako usługa jednolita. Według Przystępującego argumenty Odwołującego o potrzebie wskazania zróżnicowanych stawek VAT w poz. 2 i 3 są sprzeczne z SIWZ, a należy mieć na uwadze, że obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII GA 117/09). Oferta Przystępującego jako zgodna z formularzem cenowym SIWZ nie podlega odrzuceniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały również zgłoszone w tym przedmiocie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał

wniesione odwołanie, natomiast Przystępujący wniósł o jego oddalenie. W imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Odwołującego z 9 stycznia 2014 r., zgłoszeniu przystąpienia, piśmie Przystępującego z 16 stycznia 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając – w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania – dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego i oferty Odwołującego, a także z protokołu postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie zakwestionowana w odwołaniu czynność Zamawiającego, polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, naraża Odwołującego na szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, wobec złożenia przez Odwołującego po upływie terminu na wniesienie odwołania pisma z 9 stycznia 2014 r. pn. *Uzupełnienie odwołania z dnia 27 grudnia 2013 r.*, Izba stwierdza, że zostało ono wzięte pod uwagę wyłącznie w zakresie

dodatkowej argumentacji dla zarzutów zawartych w odwołaniu z 27 grudnia 2013 r. Ponieważ zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie podlegał rozpoznaniu w tej sprawie sformułowany dopiero we wspomnianym piśmie zarzut, że Przystępujący nie ujął w cenie stawki VAT w formie i wysokości przewidzianej w ustawie o podatku od towarów i usług, a także wymaganej według s.i.w.z., czyli jako stawka procentowa, gdyż została ona podana w poz. nr 2 i 3 formularza oferty wyłącznie kwotowo. Tym samym pominięto również argumentację Zamawiającego i Przystępującego w stosunku do tych zarzutów.

W ocenie Izby, choć nie w takim zakresie, jak to przedstawiono w uzupełnionej argumentacji, potwierdziły się zarzuty obliczenia ceny oferty PGM z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT poz. 2 i 3 formularza oferty, gdyż obejmują one również czynności niepodlegające opodatkowaniu preferencyjną stawką w wysokości 8%, którą jako wyłączną wskazał Przystępujący w tych pozycjach.

Ponieważ Odwołujący wskazał w poz. 2 dla napraw bieżących, napraw konserwacyjnych i usuwania awarii dwie stawki podatku VAT: 8% dla obiektów budownictwa społecznego oraz 23% dla budynków i lokali użytkowych – sprzeczne z tym stanem rzeczy, który uważał za właściwy sporządzając swoją ofertę, są jego wywody zawarte w piśmie z 9 stycznia 2014 r. jakoby w tym zakresie właściwa miała być wyłącznie stawka podstawowa, niezależnie od tego czy naprawy dotyczą obiektów budownictwa społecznego. Odwołujący miał zatem świadomość, że w tym zakresie regulacje podatkowe obowiązujące zarówno w terminie składania ofert, jak i później są identyczne w tym zakresie, co zresztą ostatecznie przyznał na rozprawie.

Jednakże Odwołujący wykazał w ocenie Izby, że przynajmniej w niektórych przypadkach nawet usługi dotyczące obiektów budownictwa mieszkaniowego właściwa jest stawka podstawowa, gdy wartość towarów bez podatku wchodzących w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy. Odwołujący podał w tym zakresie konkretne przykłady (wymiana wodomierzy, liczników, gdzie wartość tych urządzeń przekracza ponad 50% wartości usługi polegającej na ich dostawie i montażu), natomiast Przystępujący na rozprawie powołał się jedynie na swoje doświadczenia, które pozwoliły mu przyjąć założenie, że takie sytuacje nie wystąpią. Niejasne jest również na jakiej podstawie prawnej opiera Przystępujący swój pogląd, że ponieważ usługą dominującą jest konserwacja w lokalach mieszkalnych, jednolicie zastosował obniżoną stawkę, również dla usług konserwacyjnych dotyczących lokali użytkowych. Przystępujący zdaje się to wywodzić nie tyle z przepisów podatkowych, ile z samego faktu, że stanowią one niewielki procent powierzchni obiektów objętych

przedmiotem zamówienia z poz. 2 formularza oferty.

Jeszcze większą dozą dowolności wykazał się Przystępujący na rozprawie, usiłując zignorować okoliczność, której jednocześnie nie zaprzeczał, że zarządzanie terenami zielonymi, wchodzące w zakres usług objętych ryczałtem z poz. 3 formularza ofertowego, objęte jest stawką podstawową. Według Przystępującego ponieważ zarządzać tymi terenami będą te same osoby, które zarządzać będą zasobem lokali mieszkalnych i użytkowych objętych poz. 1 formularza ofertowego, w tej pozycji wycenił zarządzanie terenami zielonymi. Stanowisko to jest zupełnie nieprzekonujące, a ponadto sprzeczne z „koronnym” argumentem Przystępującego, że przy obliczeniu ceny oferty kierował się postanowieniami s.i.w.z., w szczególności załącznika nr 9. Tymczasem według treści tego załącznika stanowiącego formularz oferty, w poz. 3 należało określić ryczałt nie tylko za realizację prac porządkowych oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych, ale i za zarządzanie tymi terenami.

Izba zważyła, że zarówno w zakresie poz. 2, jak i 3 Przystępujący bezpodstawnie wywodzi, że dokonał obliczenia ceny oferty w sposób zgodny z s.i.w.z., a rozbieżności tych pozycji na dwie kwoty z dwoma stawkami podatku VAT byłoby sprzeczne ze sposobem obliczenia ceny wynikającym z załącznika nr 9 do s.i.w.z. Przystępujący pomija, że zgodnie z rozdziałem 12 s.i.w.z. *Opis sposobu obliczenia ceny*, wykonawca miał, co prawda, określić cenę zgodnie z załącznikiem nr 9 do s.i.w.z., ale jednocześnie podstawą do opracowania ceny był katalog zadań zarządcy określający zakres prac – stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ. Skoro określa on prace, które stanowią usługi opodatkowane stawką podstawową, argumentacja Przystępującego nie znajduje uzasadnienia. Ponadto o ile rzeczywiście w treści załącznika nr 9 Zamawiający rozbił tylko poz. 1 – zarządzanie zasobem lokali, w zależności od tego, czy dotyczy powierzchni lokali mieszkalnych albo użytkowych, o tyle tylko ta pozycja została przygotowana precyzyjnie do wypełnienia, a w poz. 2 i 3 wskazano jedynie, że należy podać cenę netto, brutto i VAT i pozostawiono wykropkowane pole. Przystępujący nie może się zatem powoływać na zgodność swojej oferty z pustym drukiem formularza ofertowego, podczas gdy według polecenia z rozdziału 12 s.i.w.z. miał się kierować opisem przedmiotu zamówienia przy kalkulacji każdej pozycji tego formularza. Przystępujący jako profesjonalista w dziedzinie usług objętych przedmiotem zamówienia musiał mieć świadomość, że dla części usług podlegających wycenieniu w poz. 2 i 3 formularz oferty właściwa jest stawka podstawowa, a nie obniżona podatku VAT.

Ostatecznym argumentem Przystępującego jest twierdzenie, że nawet jeżeli doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, nie miało ono wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż oferta PGM, nawet przy przyjęciu zróżnicowanych stawek VAT

w poz. 2 i 3 oferty, nadal będzie niższa od cen zaoferowanych przez ZGM. Izba zważyła, że Przystępujący wielokrotnie podkreślał, że zastosował w poz. 2 i 3 jednolicie obniżoną stawkę podatku VAT w pełni świadomie, a zatem nie było to wynikiem omyłki. Nie było także sporne, że Zamawiający w s.i.w.z. nie określił stawek podatku VAT, które uważa za właściwe w danej poz. formularza oferty, a jednocześnie żądał od wykonawców nie tylko samej ceny – stawki roboczogodziny z poz. 2 czy ryczałtu z poz. 3 – brutto, ale również uwidocznienia podatku VAT. W konsekwencji brak jest podstaw, aby dokonać poprawienia treści oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z kolei zaistnienie podstawy odrzucenia oferty skutkuje koniecznością jej odrzucenia, niezależnie od tego, czy oferta ta była najkorzystniejsza z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, gdyż wyboru pod tym względem należy według ustawy pzp dokonywać spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Art. 192 ust. 2 pzp pozwala jedynie na nieuwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy naruszony jest taki przepis, który że nie ma to znaczenia dla możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. W przypadku art. 89 ust. 1 pzp konieczne byłoby stwierdzenie, że nie zachodzi w ogóle żadna z wyliczonych w nim przesłanek odrzucenia oferty, co nie zachodzi w rozpoznawanej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy pzp, a także na podstawie § 3 ust. 1 i 2 w zw. z § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Przystępującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy. Natomiast z uwagi na nieprzedstawienie jakiegokolwiek rachunku Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie dodatkowo kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego samochodem na posiedzenie Izby.

Przewodniczący: