

Sygn. akt KIO/UZP 225/10

**WYROK**  
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.03.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Wodno-Kanalizacyjnych i Budowlano Montażowych HYDROBUD Krzysiek Sp. J., 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 205, Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji „ABT” Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157, Zakład Instalacji Sanitarnych c.o. i gazowych Jan Cedzyński, 26-052 Sitkówka-Nowiny, Zgórsko 98C, Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne „EKWOD” Sp. z o.o., 25-419 Kielce, ul. Rolna 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Gowarczów** protestu z dnia 26 stycznia 2010 r.

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Usług Wodno-Kanalizacyjnych i Budowlano Montażowych HYDROBUD Krzysiek Sp. J., 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 205, Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji „ABT” Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157, Zakład Instalacji Sanitarnych c.o. i gazowych Jan Cedzyński, 26-052**

**Sitkówka-Nowiny, Zgórsko 98C, Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne „EKWOD” Sp. z o.o., 25-419 Kielce, ul. Rolna 6 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Usług Wodno-Kanalizacyjnych i Budowlano Montażowych HYDROBUD Krzysiek Sp. J., 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 205, Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji „ABT” Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157, Zakład Instalacji Sanitarnych c.o. i gazowych Jan Cedzyński, 26-052 Sitkówka-Nowiny, Zgórsko 98C, Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne „EKWOD” Sp. z o.o., 25-419 Kielce, ul. Rolna 6;**
  
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Usług Wodno-Kanalizacyjnych i Budowlano Montażowych HYDROBUD Krzysiek Sp. J., 25-671 Kielce, ul. Batalionów Chłopskich 205, Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji „ABT” Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Bór 143/157, Zakład Instalacji Sanitarnych c.o. i gazowych Jan Cedzyński, 26-052 Sitkówka-Nowiny, Zgórsko 98C, Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne „EKWOD” Sp. z o.o., 25-419 Kielce, ul. Rolna 6.**

### **U z a s a d n i e**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Gowarczów w trybie przetargu nieograniczonego na *„Budowę oczyszczalni ścieków wraz z kolektorem doprowadzającym i kanalizacją sanitarną oraz wykonaniem usługi odprowadzania ścieków poprzez wybudowanie przyłączy (przykanalików) do odbiorców indywidualnych w miejscowościach Gowarczów i Ruda Białaczowska”*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 listopada 2009 r., poz. 399750, wobec czynności oceny ofert zakończonej wyborem oferty Małopolskie Biuro Przygotowania Inwestycji Krak Incest Sp. z o.o., w dniu 26 stycznia 2010 r. protest do zamawiającego wniosło konsorcjum: Z.U.W.K. Hydrobus Krzysiek sp. j., Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji „ABT” Sp. z o.o., Zakład Instalacji Sanitarnych c.o. i gazowych Jan Cedzyński, Przedsiębiorstwo Techniczno-Produkcyjne ‘EKWOD’ Sp. z o.o. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w piśmie z

dnia 5 lutego 2010 r. (doręczonym odwołującego tego samego dnia) oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 10 lutego 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O wynikach oceny ofert, odwołujący został powiadomiony w dniu 20 stycznia 2010 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7, art. 89 ust 1 pkt 6, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek odrzucenia oferty odwołującego, prowadzenia niedozwolonych negocjacji, których wynikiem było poprawienie omyłek w ofertach innych wykonawców oraz zaniechania odrzucenia ofert: Małopolskie Biuro Przygotowania Inwestycji Krak Incest sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynierii i Ochrony Środowiska i Melioracji Hydromel Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane Budomont Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i nakazanie odrzucenia ofert KRAK INVEST, HYDROMEL, BUDOMONT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl oraz nakazanie ponownego wykluczenia wykonawców: Rem-Wod sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe OTECH sp. z o.o., Firma Budowlana WIP-BUD Iwona Wierzbicka, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELTAR sp. z o.o. na podstawie odpowiednio art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl i nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego.

Ponieważ wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisie wydanym na podstawie art. 11 ust. 8, wynoszącej dla robót budowlanych 5.150.000 euro, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługiwało wyłącznie w zakresie wskazanym w art. 184 ust. 1 a ustawy PrZamPubl. Wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego, obejmująca wartość zamówienia podstawowego oraz uzupełniającego, wynosi 4.636.441,44 euro. Stąd zarzuty dotyczące prawidłowości oceny ofert pozostałych wykonawców nie mogły być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Skład orzekający rozpoznając odwołanie ograniczył jego zakres wyłącznie do zarzutu naruszenia przez zamawiającego 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl, wynikającego z decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

W proteście oraz odwołaniu, odwołujący uznał decyzję zamawiającego, który stwierdził, iż cena oferty odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na podaniu błędnej stawki podatku VAT, za niezgodną z przepisami ustawy PrZamPubl, treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz orzecznictwem. Zdaniem odwołującego, sposób obliczenia ceny nie mógł mieć żadnego znaczenia dla oceny oferty, w której zaoferowana cena zawiera wynagrodzenie ryczałtowe. Dodatkowo odwołujący wskazał na

brak określenia przez zamawiającego obowiązującej stawki podatku VAT, jak również na opis przedmiotu zamówienia, sugerujący możliwość zastosowania różnych stawek podatku od towarów i usług. Przedmiot zamówienia obejmuje budowę oczyszczalni ścieków oraz wykonanie usługi odprowadzania ścieków, która to usługa opodatkowana jest 7% stawką VAT. Skoro zamawiający nie określił w siwz sposobu obliczenia ceny – nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczenia ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, to zdaniem odwołującego nie może odrzucać oferty, której cena wyliczona została przy zastosowaniu różnych stawek podatku VAT.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał, iż wykonawca nie był uprawniony do zastosowania obniżonej 7 % stawki podatku VAT dla robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji sanitarnej oraz przyłączy sanitarnych, do których zastosowanie ma podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 22 % (jako roboty budowlano-montażowe związane z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu nie są objęte obniżoną stawką podatku VAT).

W odwołaniu, odwołujący wskazał, iż zamawiający zwracał się w toku badania ofert do wykonawców, którzy przy obliczeniu ceny uwzględnili stawkę podatku VAT 22% dla całości zamówienia, o wyjaśnienie dlaczego dla usługi odprowadzania ścieków poprzez wybudowanie przyłączy kanalizacyjnych zastosowali 22% stawkę VAT, co może wskazywać, iż sam zamawiający był przeświadczony o prawidłowości przyjęcia 7 % stawki podatku dla usługi odprowadzenia ścieków i 22 % dla pozostałych zakresu. Złożone wyjaśnienia doprowadziły do zmiany decyzji zamawiającego i uznaniu, że oferty winny zawierać jedynie stawkę podatku VAT w wysokości 22%. W ocenie odwołującego, takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia i przywrócenia jego oferty do oceny i wyboru. Pozycja oferty pod względem wysokości ceny (czwarta) nie oznacza, iż wykonawca utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Ponieważ jedynie odwołujący i wybrany wykonawca przedłużyli ważność wadium, tylko te dwie oferty podlegałyby ponownej ocenie.

Na podstawie treści oferty odwołującego oraz przeprowadzonych na rozprawie dowodów – z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający uznał,

iż oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, poprzez przyjęcie dwóch stawek podatku VAT 7% i 22%.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia było ustalenie zakresu przedmiotowego zamówienia, na jaki wykonawcy mieli złożyć oferty cenowe. Odwołujący bowiem przyjął dla obliczenia ceny dwie stawki podatku VAT – 22% dla robót budowlanych i 7% dla usługi odprowadzania ścieków. Zamawiający natomiast swoje stanowisko opierał na ustaleniu, iż zakres zamówienia obejmował wyłącznie wykonanie robót budowlanych.

Izba uznała, iż samo wskazanie w nazwie przedmiotowego zamówienia na „wykonanie usługi odprowadzania ścieków”, nie oznacza, iż zakresem zamówienia objęte zostało świadczenie usługi. Już z tytułu zamówienia wynika, że przez wykonanie usługi odprowadzania ścieków, zamawiający rozumiał wybudowanie przyłączy (przykanalików) do odbiorców indywidualnych. Dalsze zapisy specyfikacji potwierdzają tak ustalony zakres zamówienia, wskazując jednoznacznie na jego przedmiot, jakim jest wykonanie robót budowlanych opisanych w pkt III siwz oraz projektach budowlanych, przedmiarach robót oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do siwz. Na tej podstawie nie mogła odnieść skutku argumentacja odwołującego wskazująca na mieszany charakter zamówienia. Okoliczność, iż odwołujący w sposób niewłaściwy zinterpretował zapisy specyfikacji, nie może stanowić uzasadnienia dla przyjęcia jako prawidłowych dwóch stawek podatku VAT. Przy braku dowodów odwołującego na okoliczność, iż część robót – dotycząca wykonania przyłączy (przykanalików) do odbiorców indywidualnych, uprawniała wykonawców do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT, Izba uznała za prawidłową dla przedmiotu zamówienia stawkę podstawową podatku VAT – 22%.

W ocenie składu orzekającego, bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia błędu w obliczeniu ceny pozostaje ustalony charakter wynagrodzenia. Stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym, którego charakter nie wyklucza wystąpienia błędu polegającego na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT. Sam odwołujący wskazywał na konieczność zachowania porównywalności ofert, z czym stałoby w sprzeczności dopuszczenie do oceny ofert z różnymi stawkami VAT. W przypadku oferty odwołującego, wysokość ceny, jaką zamawiający winien brać dla porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (najtańszej), została obniżona o kwotę podatku VAT, wynoszącą około 54.000,00 zł. Zamawiający musiał ustalić prawidłową stawkę podatku VAT, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Okoliczność, iż dokonał tego wyłącznie na podstawie wyjaśnień innych uczestników postępowania, bez zwracania się do odwołującego o ich udzielenie, nie ma

wpływu na ustalenie prawidłowości przyjęcia przez odwołującego dwóch stawek podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający dokonał czynności oceny oferty odwołującego zgodnie z zapisami siwz. Skoro przedmiot zamówienia obejmował wyłącznie wykonanie robót budowlanych, zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT, przewidzianej dla świadczenia usługi, uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....