

**WYROK**

**z dnia 13 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2017 r. przez **J.W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Z. w Z.**

przy udziale wykonawcy „**J.**” **K., L., M. Spółka jawna w Z.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **J.W.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **J.W.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **J.W.** na rzecz **Miasta Z. w Z.** kwotę **3.822,60 zł** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia dwa złote sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Gliwicach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Z. w Z. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację terenów zieleni miejskiej w Z. w latach 2017-2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 30 marca 2017 roku wykonawca J.W. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty- zadanie nr 1,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku zaniechaniem w stosunku do art 87 ust. 1 P.z.p. w związku z brakiem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę w związku z obowiązkiem posiadania stosownych zezwoleń,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz zaniechanie czynności wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.,
- art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku przepisami prawa materialnego, tj. ustawą z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów oraz ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1,
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy J. K. L. M. Spółka Jawna jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, jako oferty niespełniającej wymagań zamawiającego w zakresie należytej realizacji przedmiotu zamówienia (brak stosownych uprawnień dla podwykonawcy),

3. w przypadku braku uwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia oferty, nakazanie zamawiającemu wezwania do złożenia przez wykonawcę J. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności zakresu przedmiotu zamówienia związanego z zimowym utrzymaniem ciągów pieszych, co nie zostało w żaden sposób zweryfikowane przez zamawiającego, a także wyjaśnienie zastosowanej zaniżonej 8% stawki podatku VAT,
4. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że w interesie każdego wykonawcy ubiegającego o zamówienie publiczne, jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. W niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych z naruszeniem prawa, co doprowadziło do realnej szkody w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym naruszony został interes odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2017 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku zaniechaniem w stosunku do art 87 ust. 1 P.z.p. w związku z brakiem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę w związku z obowiązkiem posiadania stosownych zezwoleń.

Odwołujący podniósł, że prace dot. zimowego utrzymania ciągów pieszych, zgodnie ze Specyfikacją Techniczną pkt 12, obejmują:

- Wykonawca jest zobowiązany w okresie od 1 listopada do 31 marca do zorganizowania całodobowej gotowości przystąpienia do utrzymania zimowego powierzonych chodników, alejek parkowych i schodów,
- w sezonie zimowym przewiduje się wystąpienie 100 dni śnieżnych (w tym dni z gołoledzią) tj. dni, w których występuje opad śniegu lub gołoledź,
- przez zimowe utrzymanie ciągów pieszych w dni śnieżne, tj. dni, w których występuje opad śniegu rozumie się:
  - likwidację śliskości - posypanie piaskiem powierzonej powierzchni
  - odśnieżanie - całkowite odgarniecie śniegu z ciągów pieszych utwardzonych (do płytki chodnikowej) z alejek na przyległe zieleńce,

- w/w okresie powierzone do utrzymania aleje muszą być odśnieżone i posypane piaskiem do godz. 7.00 rano i w takim stanie utrzymane do godz. 21.00, równocześnie zaznacza się, że jeżeli w tych godzinach wystąpią opady śniegu, to przystąpienie do jego usuwania musi nastąpić do 2 godzin po rozpoczętym opadzie, a śnieg musi być usunięty do 4 godzin po ustaniu opadów, w przypadku wystąpienia gołoledzi, należy przystąpić natychmiastowo do likwidacji śliskości,

Do wykonania tego zakresu wyznaczonych jest 55 lokalizacji w obrębie 2 dzielnic miasta Z. tj. dzielnicy Helenka i Rokitnica.

Czas niezbędny do objechania poszczególnych lokalizacji to około 2 godzin, bowiem jest to trasa na poziomie 30-40 km w ruchu miejskim.

Łączna powierzchnia utrzymania wynosi 9320,5 m<sup>2</sup>. Jest to znaczny zakres do utrzymania wynoszący około 1 ha utrzymania powierzchni chodników w 55 lokalizacjach rozrzuconych w 2 dzielnicach. Wykonawca firma „J.” prace te w kosztorysach ofertowych wyceniła oferując realizację tego zakresu przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską. W pozycji 33 kosztorysu dla czasookresów 01.04.2017-31.03.2018, 01.04.2018-31.03.2019 i 01.04.2019-31.03.2020 jedną dobę zimowego utrzymania ciągów pieszych wyceniła na 13,98 zł. W związku z czym dla planowanych, płatnych 70 dób podała wartość tego zakresu za kwotę 978,60 zł. netto przez okres 5 -ciu miesięcy.

Odwołujący podkreślił, że okres zimowy liczony kalendarzowo to 150 dni. Zamawiający zadeklarował, że zapłaci jedynie za 70 dni, w związku z czym pozostałe 80 dni to okres czuwania w gotowości, który każdy z wykonawców kalkulował jako część wynagrodzenia podanego dla dni płatnych. Tak więc bez wątplenia część zakresu przedmiotu zamówienia, stanowiąca odrębny zakres, odrębnie rozliczany i opisany jako konkretne czynności została skalkulowana w sposób wskazujący na rażąco niską cenę.

Zamawiający w żaden sposób nie zbadał oferty tego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że element badania rażąco niskiej ceny jest konieczny jeszcze na etapie przed przystąpieniem do przydzielenia punktów w ramach kryterium ceny. Nie ma bowiem możliwości dokonywania oceny oferty i uznania jej jako najwyższej ocenionej w sytuacji faktycznego braku dokonania oceny tej oferty.

Utrwalone już orzecznictwo w sprawach dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazuje, że „ceny jednostkowe” jako element mający wpływ na cenę oferty jako całość podlegają wyjaśnieniu, badaniu i mogą być podstawą dla stwierdzenia, że mamy do czynienia z zaniechaniem weryfikacji rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowym stanie faktycznym, nie tylko mamy do czynienia z zaniżoną ceną jednostkową, rażąco niska cena dotyczy całego zakresu składającego się na przedmiot zamówienia. Nie może być zatem mowy o braku obowiązku wyjaśnienia tej ceny, braku jej badania czy braku możliwości postawienia zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, czy obowiązku odrzucenia oferty. Całość przedmiotu zamówienia pn. Konserwacja terenów zielonych w Z. w latach 2017 - 2020 podzielona jest (w zakresie obszaru 1) na 33 wyszczególnione zakresy, jednym z nich jest zimowe utrzymanie ciągów pieszych, które stanowi istotny element składający się na cenę jako całość. Podanie w ofercie, że realizacja całodobowej usługi i czynności polegających na likwidacji śliskości, odśnieżaniu posypywaniu piaskiem może być opłacalne za 13,98 zł. za dobę jest niemożliwe. Odwołujący podkreślił, że każdego z wykonawców, jak również zamawiającego obowiązuje ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, która na podstawie regulacji zawartych w ww. ustawie wynosi 13 zł. Przepisy te wprowadziły zmiany w ustawie P.z.p poprzez brzmienie art. 4 wprowadzono obowiązek składania wyjaśnień i dowodów m.in. w zakresie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny również w odniesieniu do minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający w pierwszej kolejności był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów stwierdzających prawidłowość dokonanej kalkulacji. W przeciwnym razie, brak weryfikacji oferty w tym zakresie musi skutkować żądaniem odrzucenia oferty wykonawcy J. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Podstawą odrzucenia oferty jest również art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odwołujący stwierdził, że rażące zniżenie ceny widać również poprzez porównanie zakresu zimowego utrzymania ciągów pieszych np. do pozycji „bieżące utrzymanie czystości alejek parkowych czy ciągów pieszych - poz. 28, 29, gdzie za pozamiatanie miotłą bez konieczności posypywania piaskiem, co bez wątpienia jest dużo łatwiejszą pracą, wycena za tą samą powierzchnię wynosi od 8 do 10 zł za 100 m<sup>2</sup> powierzchni. Jest to cena o 6666% wyższa od zaoferowanej ceny za zimowe utrzymanie ciągów pieszych, która wynosi zgodnie z ofertą 0,15 zł za 100 m<sup>2</sup> powierzchni [pozycja 33]. Tak więc bez wątpienia mamy do czynienia z rażąco niską ceną za zakres przedmiotu zamówienia wskazany w poz. 33 kosztorysów dla poszczególnych lat.

Odwołujący podkreślił, że utrwalone orzecznictwo, jednoocześnie wskazuje, że nie ma możliwości pokrywania strat z innych robót czy zakresów robót. Tym bardziej, że w okresie zimowym trudno mówić o sytuacji że wykonawca może uzyskać dochody w innych pozycjach wyceny ( tzw. subsydiowanie skośne budżetu).

W przekonaniu odwołującego, kalkulacja ceny przez firmę J. miała na celu eliminację konkurencji.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2632/12), dot. konieczności wyjaśniania poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego.

Ponadto odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy J. zawiera błąd w obliczeniu ceny i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Wykonawca zastosował dla całości przedmiotu umowy jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 8%, podczas, gdy prawidłowa stawka podatku VAT dla pozycji zakresu usługi dotyczącej:

- Konserwacja i kontrola placu zabaw i siłowni zewnętrznej,
- Zebranie i wywóz piasku z piaskownic i podłoża z pól piaskowych,
- Dowóz piasku do piaskownic i placów zabaw
- Naprawa i wymiana elementów sprzętu zabawowego
- Bieżące utrzymanie w czystości ławek parkowych
- Remont ławek parkowych
- Malowanie farbą olejną ławek parkowych

zgodnie z przepisami prawa podatkowego objęte są stawką podatku VAT w wysokości 23%. Potwierdza, to m.in. stanowisko zawarte w wyroku SN [sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11), w którym stwierdzono, iż określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Co do zasady, w przypadku źle zastosowanej stawki VAT w obecnym stanie prawnym odrzucamy ofertę zgodnie z wyżej wskazaną podstawą prawną, chyba że w SIWZ stawka została wyraźnie określona i można dokonać poprawienia takiej omyłki.

Odnosząc się do nieprawidłowej stawki podatku VAT narzuconej w siwz, co miało przełożenie na wadliwe sporządzenie ofert oraz ważność niniejszego postępowania stwierdzić należy, że ustawodawca w art. 41 jednoznacznie określa stawki podatku VAT, nie dając możliwości dokonywania samodzielnych interpretacji obowiązujących przepisów. Nie można bowiem uznać, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym i stąd zamawiający do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia mógł narzucić jednolitą stawkę podatku VAT.

Przystępujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: sprawę z sygnaturą akt KIO 2483/16, oraz KIO 1301/14 w której składy Izby nie podzielił stanowiska odwołujących się o możliwości uznania za właściwe powoływanie się na „świadczenia główne i uboczne” tzw. świadczenia kompleksowego i możliwości zastosowania stawki podatku VAT innej niż wynika to z przepisów prawa. Powszechnie uznane przez orzecznictwo sądowe, jak i organy podatkowe jest bowiem stanowisko, że to przepisy prawa, a nie opis przedmiotu zamówienia kształtują przepisy w zakresie obowiązującej stawki podatku VAT.

Odwołujący powołał się na Interpretację IBPP2/443-303/14/BW 2014.07.11 Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach dotyczącej stawki podatku VAT dla usług świadczonych w ramach jednej kompleksowej umowy, który stwierdza, że

„Na podstawie art 14b § 1 i § 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Ordynacja podatkowa (tj. Dz. U. z 2012r., poz. 749 ze zm.) oraz § 2 i § 5 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. Nr 112, poz. 770 ze zm.) Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach, działający w imieniu Ministra Finansów, stwierdza, że stanowisko Wnioskodawczyń i przedstawione we wniosku z 21 marca 2014r. (data wpływu 26 marca 2014r.), uzupełnionym pismem z 13 czerwca 2014r. (data wpływu 20 czerwca 2014r.), o wydanie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie stawki podatku VAT dla usług świadczonych w ramach jednej kompleksowej umowy - jest nieprawidłowe.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 kwietnia 2017 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadne.
2. Zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu nieodrzczenia oferty z rażąco niską ceną wraz z zaniechaniem wyjaśniania rażąco niskiej ceny, zamawiający podniósł, że zarzut jest niezasadny, gdyż przepis art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie konstruuje obowiązku, któremu zamawiający musi się bezwzględnie podporządkować. Przepis ma zastosowanie wówczas, kiedy ceny ofert budzą wątpliwości zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., który brzmi: „ jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,



zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...)."

Badania ofert pod względem wystąpienia rażąco niskiej ceny, występuje dopiero wówczas, kiedy w trakcie oceny ofert zamawiający uzna, że ma do czynienia z ofertą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawowe znaczenie miała okoliczność, iż cena oferty złożonej przez przystępującego stanowiła 101 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (druga oferta - złożona przez odwołującego stanowi 111% tej kwoty).

Zamawiający wskazał, że próg 30%, skutkujący zastosowaniem procedury wyjaśniającej, nie został osiągnięty ani w odniesieniu do wartości zamówienia, ani w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w ogóle nie miał wątpliwości co do ceny oferty najkorzystniejszej, tym bardziej, że możliwości finansowe zamawiającego były niższe niż ceny obydwu złożonych ofert. Zamawiający mógł w takim razie skorzystać z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. i unieważnić postępowanie ze względu na to, że cena oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec powyższego nie jest prawdą stwierdzenie odwołującego w treści odwołania, że „w przedmiotowym stanie faktycznym, nie tylko mamy do czynienia z zaniżoną ceną jednostkową, rażąco niska cena dotyczy całego zakresu składającego się na przedmiot zamówienia”.

Zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny podnoszone przez odwołującego dotyczą pozycji jednostkowej nr 33 kosztorysu przystępującego i obejmuje zimowe utrzymanie ciągów pieszych. Kwestionowana pozycja w postępowaniu prowadzonym w 2015 r. przez zamawiającego na „Konserwację terenów zieleni na lata 2015-2017” BZP.271.117.2014.AZ była wyceniana bardzo podobnie m.in. w ofercie złożonej przez przystępującego w konsorcjum z firmą A.P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą P. A.P. (...) Z., gdzie stawka w tej pozycji była wyceniona na poziomie 0,10 zł/100m<sup>2</sup> (w niniejszym postępowaniu BZP.271.48.2016.AWF Przystępujący wycenił tę pozycję na poziomie 0,15 zł za 100m<sup>2</sup>). Przystępujący, wyceniając wówczas tę pozycję na poziomie niższym niż w niniejszym postępowaniu, prawidłowo wykonał całe zamówienie i w trakcie realizacji umowy nie zostały wobec niego nałożone żadne kary umowne.

W ocenie zamawiającego, na fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej nie może wskazywać pojedyncza wybrana cena jednostkowa, zwłaszcza w odniesieniu do elementu, który stanowi w ofertach złożonych w ramach tego postępowania niewielki procent, bo na poziomie maksymalnie 3,45 % w stosunku do ceny całkowitej za wykonanie zamówienia w

zadaniu nr 1 (w całym postępowaniu pn. „Konserwację terenów zieleni miejskiej w latach 2017-2020 średnia wartość procentowana ceny jednostkowej tej pozycji w stosunku do całości wynosi 1,53%, a w postępowaniu prowadzonym w 2015 roku BZP.271.117.2014.AZ - 3,09%). Ponadto zamawiający wskazuje, że prace w pozycji 33 związane z zimowym utrzymaniem ciągów pieszych, są przewidywane, jednak nie muszą one wystąpić, ponieważ ich wykonywanie jest podyktowane konkretnymi warunkami atmosferycznymi. Wykonawca w kosztorysie ofertowym opracowanym na podstawie przedmiaru określa wysokość stawki na 1 dzień. W trakcie realizacji zadania zamawiający dokonuje zapłaty wykonawcy za dni zimowe, w których występują opady śniegu bądź gołoledź, tylko w tych dniach wykonawca wykonuje przedmiotową usługę. Rozliczenie konkretnych pozycji kalkulacji jest kosztorysowe i powykonawcze w trakcie realizacji zadania. To oznacza, że comiesięcznie wystawiany jest protokół odbioru robót podpisany przez wykonawcę i zamawiającego, w którym wykonawca wykazuje ilość dni, w których świadczył wskazane usługi. Na podstawie tego protokołu wykonawca wystawia fakturę. Zatem zapłata należy się za realnie wykonane prace.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w treści odwołania sugeruje, że głównym dochodem dla wykonawcy w miesiącach: listopad - marzec jest zimowe utrzymanie ciągów pieszych. Zamawiający stwierdził, że nie jest to prawda, ponieważ zgodnie z Harmonogramem robót i fakturowania w tym okresie, wykonawca ma wskazane inne prace m.in. w listopadzie przewidziane są do wykonania prace związane z jesiennym grabieniem liści, a w miesiącach styczeń - marzec cięcia prześwietlające drzew, w miesiącach luty - marzec cięcia prześwietlające krzewów, od marca rozpoczynają się prace pielęgnacyjne krzewów, żywopłotów oraz różanek. Przez cały rok, w tym również w miesiącach zimowych, wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za wykonywanie prac związanych z bieżącym utrzymaniem porządku i czystości m.in. opróżnianie koszy na śmieci (jest to wg zamawiającego jeden z najistotniejszych czynników cenotwórczych oferty).

Zamawiający zauważył, że odwołujący na poparcie przedstawionej argumentacji powołał się tylko na jedną pozycję, tj. 33 związaną z zimowym utrzymaniem ciągów pieszych błędnie przy tym wskazując w odwołaniu, „że jest to zakres odrębnie rozliczany”. Nie można zgodzić się w tej kwestii z odwołującym, ponieważ cała usługa jest traktowana kompleksowo i rozliczana za cały zakres prac wykonanych w danym miesiącu (nawet odwołujący, realizując to zamówienie dla zamawiającego w ramach poprzedniego zamówienia BZP.271.117.2014. AZ, nie wyszczególniał tych prac na fakturze). Wszystkie inne pozycje kosztorysu są na poziomie zbliżonym, równym lub nawet wyższym niż konkurencyjna oferta odwołującego. W ramach niniejszego postępowania istotnymi czynnikami cenotwórczymi oferty są następujące prace z niższymi cenami jednostkowymi:

- poz. 1 koszenie trawników częściowo obsadzonych 5-krotnie cena jednostkowa za 100 m<sup>2</sup>: przystępujący: 16,00 zł, odwołujący: 13,00 zł;
- poz. 2 koszenie trawników częściowo obsadzonych 3-krotnie cena jednostkowa za 100 m<sup>2</sup>: przystępujący: 17,00 zł, odwołujący: 15,00 zł;
- poz. 6 jesienne grabienie liści bieżące cena jednostkowa za 100 m<sup>2</sup>: przystępujący: 10,00 zł, odwołujący: 13,00 zł;
- poz. 7 jesienne grabienie liści jednokrotne cena jednostkowa za 100 m<sup>2</sup>: przystępujący: 14,00 zł, odwołujący: 18,00 zł;
- poz. 30 bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach grupa I cena jednostkowa za 1 ha: przystępujący: 400,00 zł, odwołujący: 350,00 zł;
- poz. 31 bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach grupa II cena jednostkowa za 1 ha: przystępujący: 318,00 zł, odwołujący: 320,00 zł;
- poz. 32 bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach grupa III cena jednostkowa za 1 ha: przystępujący: 180,00 zł, odwołujący: 150,00 zł.

Zamawiający stwierdził, że są to elementy, które mają realny i faktyczny wpływ na wysokość ceny i jak wynika z powyższego zestawienia ceny jednostkowe przystępującego są w istotnych elementach cenotwórczych wyższe lub niewiele niższe od cen jednostkowych odwołującego.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo sądów powszechnych, w tym wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13 oraz wyrok KIO 686/14, wyrok Sądu Okręgowego z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 i in.

Odnosząc się do naruszenia w zakresie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zamawiający podniósł, że zarzut jest bezpodstawny. Sam odwołujący nie jest w stanie go sprecyzować i wskazać konkretne zarzuty.

Zamawiający stwierdził, że określił, w pkt 3.2 Część I SIWZ (str. 2): „Stosownie do treści art. 29 ust. 3a Pzp, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.) następujących osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia:

- 1) po min. 5 osób przewidzianych do realizacji zadań zgodnie z harmonogramem robót i fakturowania, wskazanych dla każdego z zadań 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9.

2) min. 2 osoby przewidziane do realizacji zadania zgodnie z harmonogramem robót i fakturowania, wskazanych dla zadania nr 10." W Części IV SIWZ (str. 27) Zamawiający określił m.in., iż: „W zakresie zatrudnienia pracowników na umowę o pracę:

Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownicy skierowani przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, w wyznaczonych przez Zamawiającego czynnościach, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.), w liczbie nie mniejszej niż określona w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Przystępujący zadeklarował w ofercie zatrudnienie wymaganych osób na podstawie umowy o pracę i na tym etapie jest to wystarczające. W Formularzu A. Oferty zawarte jest oświadczenie przystępującego, że pracownicy, o których mowa w pkt 3.2. SIWZ uczestniczący przy realizacji zamówienia zostaną zatrudnieni na podstawie umowy o pracę niezwłocznie po zawarciu umowy o zamówienie publiczne na cały okres realizacji zamówienia. Zgodnie z dokumentacją postępowania nie wszyscy pracownicy muszą być zatrudnieni jednocześnie do wszystkich czynności. Osoby zatrudnione na umowę o pracę mogą być przewidziane przez Wykonawcę do różnych prac, ponieważ wynika to ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Wykonawca swobodnie kształtuje swoje stosunki z pracownikami, oczywiście w ramach przepisów prawa, ale może kształtować czas trwania umów, na jaką część czy może cały etat zatrudni pracownika, zmienowość czy inne aspekty.

W odniesieniu do zarzutu, iż oferta przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie błędnej stawki podatku VAT w wysokości 8%, zamawiający podniósł, że stawka ta została wskazana przez zamawiającego i oferta wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ. A zatem podniesienie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione.

Zamawiający podniósł, że jest to zamówienie cykliczne (powtarzające się) i w latach poprzednich zamawiający stosował stawkę 8%, przy takim samym opisie zakresu prac. Każdy wykonawca, który składał ofertę zarówno w tym, jak i w poprzednich postępowaniach - w tym odwołujący - wskazywał stawkę podatku VAT 8%. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz załącznikami została zamieszczona na stronie Zamawiającego w dniu 25 listopada 2016 r. (od tego momentu wszystkim wykonawcom była wiadoma stawka VAT, która była wskazana w Formularzu A. Oferta: „Oferuję wykonanie zamówienia za: cenę brutto ... zł słownie: ... w tym: cena netto ...zł VAT ... zł, tj. 8 %” oraz w § 5 wzoru umowy „Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot umowy na podstawie cen jednostkowych, wg kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę w wysokości: brutto: ... (słownie: ...zł), w tym: kwota netto wynosi:...zł

obowiązujący VAT wynosi:.....zł, tj.8%". Otwarcie nastąpiło w dniu 10 stycznia 2017 r. W tym okresie do zamawiającego nie wpłynęło żadne zapytanie dotyczące stawki podatku VAT. Odwołujący nie dał wyrazu wątpliwości w tym zakresie, tym bardziej, że sam złożył ofertę zgodną z SIWZ i wycenił wszystkie czynności - w tym te, którym przypisanie błędnej stawki VAT zarzuca przystępującemu, z uwzględnieniem 8% stawki VAT. Odwołujący zarówno w tym, jak i w poprzednim postępowaniu, tj. Konserwacja terenów zieleni na lata 2015-2017" BZP.271.117.2014.AZ również składał oferty ze stawką 8% VAT.

Zamawiający powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. (sygn. Akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11), zgodnie z którą zamawiający badając oferty ma obowiązek badać wysokość stawki VAT, aby oferty złożone w postępowaniu były porównywalne (także wyrok KIO 880/13). W niniejszym postępowaniu zamawiający sprawdził oferty i uznał, że ceny ofertowe były obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT w każdym elemencie kalkulacji. Odwołujący sam w uzasadnieniu do odwołania potwierdza prawidłowość działania zamawiającego, gdyż powołując się na powyższe uchwały SN stwierdza, że „w obecnym stanie prawnym odrzucamy ofertę za błąd w obliczeniu ceny, chyba że w SIWZ stawka została wyraźnie określona i można dokonać poprawienia takiej omyłki". W przedmiotowym postępowaniu stawka została ustalona w SIWZ, oferty były zgodne z SIWZ i nie było konieczności poprawienia omyłek.

W ocenie zamawiającego, błędne jest twierdzenie odwołującego, że niniejsze postępowanie nie ma charakteru kompleksowego. W przedmiotowym zamówieniu zasadniczy charakter posiada usługa obejmująca pielęgnację zieleni miejskiej w parkach, na skwerach i zieleńcach, czyli utrzymanie terenów zielonych. Wymienione przez Wykonawcę usługi m.in.: konserwacja i kontrola placu zabaw i siłowni zewnętrznej, zebranie i wywóz piasku z piaskownic i podłoża z pól piaskowych, bieżące utrzymanie w czystości ławek parkowych, remont ławek parkowych są świadczeniami pomocniczymi. Są one konsekwencją nałożenia na wykonawców obowiązków związanych z kompleksowym utrzymaniem terenów zielonych. Zgodnie z wyrokiem KIO (700/13) „sam fakt, iż są to czynności innego rodzaju niż czynności zasadnicze, nie pozwala na ich odmienne traktowanie pod względem podatkowym, Mają one bowiem charakter subsydiarny wobec świadczenia głównego i to rodzaj tego ostatniego przesądzał będzie o ich podatkowej kwalifikacji".

Zgodnie z art. 5a ustawy o podatku od towarów i usług podstawą ustalenia właściwej dla danej usługi stawki podatku od towarów i usług jest dokonanie prawidłowej klasyfikacji danej czynności w oparciu o PKWIU - pracownicy Wydziału Infrastruktury Komunalnej - odpowiadający za opis przedmiotu zamówienia - zakwalifikowali przedmiot zamówienia jako

81.30.10.0 usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Usługi te są wymienione w Załączniku nr 3 do w/w ustawy, a tym samym są objęte stawką 8%.

Zamawiający powołał się na uzasadnienie wyroku NSA z dnia 20.11.2008 r. (sygn. akt I FSK 1512/2007), w którym zostało wskazane: „W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki MAY, powinna przesadzać czynność główna” oraz orzecznictwo ETS np. w sprawach C-349/96 (Card Protection Plan I,Id), w którym Trybunał uznał, że „jeżeli dwa lub więcej czynności na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku”.

Zamawiający uznał zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., za bezpodstawny i wniósł o jego oddalenie.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia obejmuje:

	Wyszczególnienie robót	Jednostka miary	Ilość	Krotność
1	Koszenie trawników częściowo obsadzonych - 5-krotne (dot. trawników wymienionych w pozycjach 1,2,19,25,35,36,54,56,67,69)	100 m <sup>2</sup>	622,76	5
2	Koszenie trawników częściowo obsadzonych - 3-krotne (dot. pozostałych trawników wymienionych w wykazie terenów)	100 m <sup>2</sup>	1564,25	3
3	Wiosenna pielęgnacja trawników (dot. trawników wymienionych w pozycjach 2,19,25,35,36,54,56,67,69)	100 m <sup>2</sup>	537	1
4	Ręczny wysiew nawozów mineralnych (dot. trawników wymienionych w pozycjach 2,19,25,35,36,54,56,67,69)	100 m <sup>2</sup>	537	2
5	Renowacja trawników	100 m <sup>2</sup>	1	1
6	Jesienne wygrabianie liści - bieżące (dot. trawników wymienionych w pozycjach 2,19,25,35,36,54,56,67,69)	100 m <sup>2</sup>	537	3
7	Jesienne wygrabianie liści - 1-krotne (dot. pozostałych trawników wymienionych w wykazie terenów)	100 m <sup>2</sup>	1650,01	1

8	Pielęgnacja krzewów	100 m <sup>2</sup>	62,34	8
9	Cięcia prześwietlające krzewów	1 szt.	100	1
10	Pielęgnacja drzew w pierwszych latach po posadzeniu	1 szt.	30	12
11	Cięcia prześwietlające starszych drzew	1 szt.	100	1
12	Pielęgnacja żywopłotów	10 mb	166	8
13	Cięcia żywopłotów formowanych	10 mb	166	2
14	Pielęgnacja różanek	100 m <sup>2</sup>	2,18	8
15	Sadzenie drzew w formie piennej	1 szt.	30	1
16	Sadzenie krzewów	1 szt.	100	1
17	Sadzenie róż	1 szt.	100	1
18	Sadzenie żywopłotów	1 mb	50	1
19	Konserwacja i kontrola placu zabaw i siłowni zewnętrznej	1 szt.	8	12
20	Zebranie i wywóz piasku z piaskownic i podłoża z pól piaskowych - kwiecień	1 m <sup>3</sup>	105,8	1
21	Zebranie i wywóz piasku z piaskownic - lipiec	1 m <sup>3</sup>	41,3	1
22	Dowóz piasku do piaskownic i na place zabaw - kwiecień	1 m <sup>3</sup>	170,3	1
23	Dowóz piasku do piaskownic - lipiec	1 m <sup>3</sup>	41,3	1
24	Naprawa i wymiana elementów sprzętu zabawowego			2
	komplet - łożyska + łańcuchy + siedzisko	1 szt.	1	1
	siedzisko do huśtawki (deseczka)	1 szt.	1	1
	siedzisko do huśtawki kubełkowej	1 szt.	1	1
	siedzisko do karuzeli	1 szt.	1	1
	siedzisko do huśtawki wagowej	1 szt.	1	12
25	Bieżące utrzymanie w czystości ławek parkowych	1 szt.	93	12
26	Remont ławek parkowych	1 szt.	150	1
27	Malowanie farbą olejną ławek parkowych	1 szt.	93	1
28	Bieżące utrzymanie porządku i czystości alejek parkowych nieutwardzonych	100 m <sup>2</sup>	142,42	12
29	Bieżące utrzymanie czystości ciągów pieszych utwardzonych	100 m <sup>2</sup>	83,31	12

30	Bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach - grupa 1	1 ha	6,29	12
31	Bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach - grupa 2	1 ha	2,11	12
32	Bieżące utrzymanie porządku i czystości na zieleńcach - grupa 3	1 ha	17,35	12
	SUMA konserwacja zieleni- CENA NETTO			
	PODATEK VAT			
	CENA BRUTTO			
33	Zimowe utrzymanie ciągów pieszych	100 m <sup>2</sup>	93,2	70
	SUMA zimowe utrzymanie ciągów pieszych - CENA NETTO			
	PODATEK VAT			
	CENA BRUTTO			
	SUMA konserwacja zieleni + zimowe utrzymanie ciągów pieszych - CENA NETTO			
	PODATEK VAT			
	CENA BRUTTO			

Odwołujący podniósł, że prace dot. zimowego utrzymania ciągów pieszych, zgodnie ze Specyfikacją Techniczną pkt 12, obejmują:

- Wykonawca jest zobowiązany w okresie od 1 listopada do 31 marca do zorganizowania całodobowej gotowości przystąpienia do utrzymania zimowego powierzonych chodników, alejek parkowych i schodów,
- w sezonie zimowym przewiduje się wystąpienie 100 dni śnieżnych (w tym dni z gołoledzią) tj. dni, w których występuje opad śniegu lub gołoledź,
- przez zimowe utrzymanie ciągów pieszych w dni śnieżne, tj. dni, w których występuje opad śniegu rozumie się:
  - likwidację śliskości - posypanie piaskiem powierzonej powierzchni
  - odśnieżanie - całkowite odgarniecie śniegu z ciągów pieszych utwardzonych (do płytki chodnikowej) z alejek na przyległe zieleńce,



- w/w okresie powierzone do utrzymania aleje muszą być odśnieżone i posypane piaskiem do godz. 7.00 rano i w takim stanie utrzymane do godz. 21.00, równocześnie zaznacza się, że jeżeli w tych godzinach wystąpią opady śniegu, to przystąpienie do jego usuwania musi nastąpić do 2 godzin po rozpoczętym opadzie, a śnieg musi być usunięty do 4 godzin po ustaniu opadów, w przypadku wystąpienia gołoledzi, należy przystąpić natychmiastowo do likwidacji śliskości,

Do wykonania tego zakresu wyznaczonych jest 55 lokalizacji w obrębie 2 dzielnic miasta Z. tj. dzielnicy Helenka i Rokitnica.

Zgodnie z pkt. 2 formularza oferty, wykonawca składał oświadczenie:

2. Oferuję wykonanie zamówienia za:

**cena brutto** .....zł  
słownie: .....

w tym:

**cena netto** .....zł  
VAT .....zł, tj. 8 %

W postępowaniu na zadania nr 1 ofertę złożyły dwa podmioty:

- 1) przystępujący: cena brutto: 1.060.397,54 PLN  
cena netto: 981.849,57 PLN  
VAT 8%: 78.547,97 PLN
- 2) odwołujący: cena brutto: 1.168.000,50 PLN  
cena netto: 1.081.481,94 PLN  
VAT 8%: 86.518,56 PLN

W pozycji 33 kosztorysu dla czasookresów 01.04.2017-31.03.2018, 01.04.2018-31.03.2019 i 01.04.2019-31.03.2020 jedną jednostkę miary w ilości 100 m<sup>2</sup> utrzymania ciągów pieszych przystępujący wycenił na 0,15 zł. W związku z czym dla planowanych, płatnych 70 dób podał wartość tego zakresu za kwotę 978,60 zł netto przez okres 5 -ciu miesięcy. Odwołujący wycenił tę pozycję na 1,90 zł za 100 m<sup>2</sup> i 12.395,60 zł za okres 5 miesięcy.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Analiza treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Dopiero wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., t.j. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie ceny oferty.

W rozpoznawanym przypadku nie zaszły wskazane wyżej okoliczności. W postępowaniu na zadanie 1 złożono 2 oferty: przystępującego z ceną 1.060.397,54 i odwołującego z ceną 1.168.000,50 PLN. Cena oferty złożonej przez przystępującego stanowiła 101 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Różnica pomiędzy złożonymi ofertami nie przekracza 30%. Różnica taka nie występuje również pomiędzy ofertą przystępującego a szacunkową wartością zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi także, iż zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie ceny oferty nie tylko wówczas, gdy zaoferowana cena wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale także wtedy, gdy rażąco niska wydaje się jej istotna część składowa. Ustawa P.z.p. nie precyzuje, co należy rozumieć przez „istotną część składową”, stąd też wydaje się, iż każdorazowo zamawiający obowiązany jest ustalić, czy dana część składowa ceny może być uznana za część istotną czy nie.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Izba przyznała słuszność zamawiającemu, który nie przyznał przymiotu istotności zakwestionowanej pozycji. Przystępujący wycenił ją bowiem na 978,60 za 5 m-cy, co stanowi około 0,2%. W przypadku oferty odwołującego jest to kwota 12.395,60 zł, która to kwota jest co prawda znacznie wyższa od kwoty zaoferowanej przez przystępującego, ale stanowi ona jedynie około 3,2% ceny jego oferty.

Tym samym w rozpoznawanej sprawie nie zaszły okoliczności obligujące zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty przystępującego. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba uznała zatem za nieuzasadniony.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku przepisami prawa materialnego, tj. ustawą z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że stawka podatku VAT w wysokości 8% wobec całego zamówienia określona została przez zamawiającego i podana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O ile odwołujący kwestionował tak określoną stawkę podatku VAT, winien w tym zakresie wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący takiego odwołania nie wniósł, co więcej – sam złożył ofertę ze stawką VAT 8% na całość przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn.. akt III CZP 53/11, podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Na podstawie zawartych w niej warunków wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Sąd wskazał, iż zamawiający może odrzucić ofertę w sytuacji, gdy wskazał w s.i.w.z. stawkę podatku VAT, a wykonawca zaoferował inną stawkę niż wskazana w s.i.w.z. i poprawienie jej spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty oraz w sytuacji, gdy zamawiający nie wskazał w s.i.w.z. stawki podatku VAT a wykonawca zaoferował stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami.

Sąd podkreślił bowiem, iż w takiej sytuacji oferty wykonawców byłyby nieporównywalne. O porównywalności ofert można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.

W rozpoznawanej sprawie takie okoliczności nie miały miejsca. Zamawiający wskazał w s.i.w.z. stawkę podatku VAT i obydwaj wykonawcy taką stawkę zaoferowali. Tym samym ich oferty były porównywalne z zachowaniem ustalonych przez zamawiającego reguł.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r., poz. 710 ze zm.), przedmiotem opodatkowania podatkiem od towarów i usług (VAT) jest przede wszystkim odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju (także eksport i import towarów, wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów... etc.). Zgodnie zaś z art. 19a ust. 1 tej ustawy, obowiązek podatkowy co do zasady powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi. W świetle regulacji ustawy o podatku od towarów i usług, stawka VAT podana w ofercie na wykonanie określonej dostawy towaru czy usługi, nie ma żadnego znaczenia prawnego dla powstania, wysokości i egzekucji zobowiązań podatkowych. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2012/12, to nie oferty są opodatkowane podatkiem od towarów i usług i nie na ich etapie powstają obowiązki podatkowe. Opodatkowana VAT pozostaje sprzedaż, a więc wykonanie (wykonywanie) zamówienia publicznego, przy czym sprzedaż (odpłatna dostawa czy usługa) opodatkowana jest podatkiem w wysokości wynikającej z przepisów obowiązujących w chwili jej wykonywania, a nie w wysokości wynikającej z oferty wykonawcy czy s.i.w.z. Przygotowywanie ofert przetargowych oraz ich wycena nie jest objęte zakresem regulacji przepisów podatkowych. Brak jest zatem cenotwórczej roli VAT zawartego w ofercie, która miałyby wynikać z regulacji przepisów podatkowych. Jak już wskazano, VAT „zawarty” w ofercie nie kształtuje przyszłych zobowiązań podatkowych – brak jakiegokolwiek prawnego powiązania pomiędzy tzw. VAT-em deklarowanym w ofercie, a podatkiem od towarów i usług stanowiącym dochód budżetu państwa, należnym i naliczanym po dokonanej sprzedaży, który określają adekwatne przepisy podatkowe. VAT wskazywany w ofercie wykonawcy czy przyjmowany do obliczenia jej ceny, nie ma również znaczenia prawnego dla możliwości odliczania podatku VAT przez zamawiającego, będącego płatnikiem i podatnikiem VAT, związanego z dokonywaną przez zamawiającego własną sprzedażą. Zarówno zamawiającego i wykonawcę obowiązują w tym zakresie przepisy podatkowe aktualne w chwili wykonania dostawy lub usługi (determinujące wysokość ich zobowiązań podatkowych, w tym możliwość dokonania stosownych odliczeń podatku) a nie informacje o VAT zawarte w ofertach.

Podkreślić również należy, iż przyjęcie do wyliczenia ceny i podanie w ofercie takiej czy innej stawki lub kwoty VAT nie rodzi żadnych skutków zobowiązaniowych, tj. skutków w sferze prawa cywilnego. Przedmiotem ofert i umów winna być bowiem wyłącznie cena brutto, ponieważ ustawa o cenach w art. 3 pkt 1 stanowi, iż w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług. W przypadku umawiania się stron o tzw. cenę brutto, cena taka pozostanie niezmienną i wiążącą strony w całym okresie obowiązywania umowy, niezależnie od stawki czy kwoty VAT podawanej w ofercie, a nawet od realnych stawek i kwot VAT należnych względem dokonanej sprzedaży. Należny podatek od towarów i usług, stanowiący zobowiązanie publicznoprawne podatnika względem Skarbu Państwa, nie jest przedmiotem cywilnoprawnego zobowiązania ofertowego wykonawcy względem zamawiającego. Strony nie umawiają się o to, jaki podatek zostanie naliczony i odprowadzony na rzecz Skarbu Państwa – powyższe, niezależnie od woli stron, przesądzają bezwzględnie obowiązujące przepisy podatkowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....