

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2021 roku przez wykonawcę Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Izbę Administracji Skarbowej w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: (1) DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; (2) SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach; (3) DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy; (4) 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy; (5) Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu j i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Norge Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2972/21

## UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Usługę sprzątnięcia budynków oraz utrzymania czystości na terenach zewnętrznych Jednostek należących do Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze, w latach 2022 - 2025”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2021 r., pod numerem 2021/S 122-323723.

Dnia 7 października 2021 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w ramach Części I, kwestionując czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień oraz zaniechaniu podania uzasadnienia faktycznego i wyjaśnienia powodów, dla których oferta Odwołującego została odrzucona.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, iż zdaniem Zamawiającego, Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT w pozycji 6. kol. 4 Formularza ofertowego, dotyczącego Części I zamówienia, podczas gdy Odwołujący zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a zastosowanie stawki podstawowej podatku VAT nie może być podstawą do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny i odrzucenia oferty wykonawcy;

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień, co skutkowało uniemożliwieniem Odwołującemu wyjaśnienia powodów zastosowania stawki 23% w pozycji 6. kol. 4 Formularza ofertowego, dotyczącego Części I zamówienia, a w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego,

3. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia

faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego wobec niepodania przyczyn z powodu których, zdaniem Zamawiającego, w pozycji 6. kol. 4 Formularza ofertowego, dotyczącego Części I zamówienia, należało zastosować stawkę 8% podatku VAT, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, w ramach części I zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: 1) DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Partner Medica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 3) DGP Provider sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 4) & MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 5) Seban sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach jako najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Odwołujący wnosił również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 27 września 2021 r. W tym dniu, za pośrednictwem poczty elektronicznej, Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostało zatem wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust.

2 ustawy Pzp. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w sposób umożliwiający zapoznanie się Zamawiającemu w treści odwołania, zgodnie z art. 514 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i gdyby nie wadliwa czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechania Zamawiającego, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, gdyż oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę oraz uzyskałaby maksymalną ilość punktów w kryterium „aspekt społeczny”, zatem oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana najwyżej w rankingu oceny ofert. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Wskutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że zamówienie zostało podzielone na 6 części. W ramach Części I. sprzątaniem zostały objęte następujące lokalizacje Zamawiającego (Rozdział III pkt 4 SWZ):

- 1) Budynek w Zielonej Górze, ul. Sikorskiego 2 65-454 Zielona Góra;
- 2) Pomieszczenia biurowe w budynku w Zielonej Górze ul. Westerplatte 11 65-454 Zielona Góra;
- 3) Pomieszczenia biurowe w budynku w Zielonej Górze ul. Dąbrowskiego 41b 65-454 Zielona Góra

Izba Administracji Skarbowej W Zielonej Górze

- 4) Budynek 5 kondygnacyjny w Zielonej Górze ul. dr Pieniężnego 24 65-054 Zielona Góra Lubuski Urząd Skarbowy oraz Pierwszy i Drugi Urząd Skarbowy w Zielonej Górze
- 5) Budynek 11 kondygnacyjny w Zielonej Górze ul. dr Pieniężnego 24 65-054 Zielona Góra Pierwszy i Drugi Urząd Skarbowy w Zielonej Górze
- 6) Budynek 2 kondygnacyjny w Zielonej Górze ul. dr Pieniężnego 24 65-054 Zielona Góra Drugi Urząd Skarbowy w Zielonej Górze
- 7) Budynek magazynowo-biurowy w Zielonej Górze ul. Lotników 12B 65-018 Zielona Góra Drugi Urząd Skarbowy w Zielonej Górze
- 8) Budynek A, B, D w Zielonej Górze ul. Kostrzyńska 14 65-127 Zielona Góra Delegatura Lubuskiego Urzędu Celno Skarbowego w Zielonej Górze
- 9) Budynek w Zielonej Górze ul. Stefana Batorego 18 65-082 Zielona Góra Izba Administracji Skarbowej
- 10) Budynek kontrolny SENT
- 11) Przejście graniczne w Gubinku Sękowice 101 66-620 Gubin - Delegatura Lubuskiego Urzędu Celno Skarbowego w Zielonej Górze
- 12) Budynek w Krośnie Odrzańskim ul. Słubicka 3 66-600 Krosno Odrzańskie - Urząd Skarbowy w Krośnie Odrzańskim
- 13) Budynek w Nowej Soli ul. Staszica 1 67-100 Nowa Sól Budynek w Nowej Soli ul.

Staszica 1 67-100 Nowa Sól.

W Załączniku nr 1a do SWZ Zamawiający opisał czynności niezbędne do realizacji zamówienia w ramach każdej lokalizacji. I tak, m.in. w ramach sprzątania zewnętrznego dla

lokalizacji ul. Dr Pieniężnego 24 w Zielonej Górze Zamawiający podał,:

„LOKALIZACJA 4 - budynek 5 kondygnacyjny ul. Dr Pieniężnego 24, 65-054 Zielona Góra - siedziba Lubuskiego Urzędu Skarbowego w Zielonej Górze, Pierwszego i Drugiego Urzędu Skarbowego w Zielonej Górze, Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze (...)

#### 6. POSESJA: /łącznie Lubuski US, Pierwszy US, Drugi US, IAS

- chodnik o długości 34,00 mb,
- tereny zielone: 187,00 m2 ,
- podwórze (parking): 283,00 m2 .

Usługa sprzątnia obejmuje wykonywanie nw. czynności:

- Sprzątanie wokół budynku oraz wewnętrznego podwórka.
- Odśnieżanie i posypywanie piaskiem chodnika i podwórka w okresie zimowym przez 24 h (w okresie trwania umowy uwzględnia się w sezonie zimowym między innymi: odśnieżanie całego terenu, usuwanie oblodzeń traktów pieszych, wywóz zalegającego śniegu).
- W przypadku wystąpienia opadów śniegu i/lub zjawiska gołoledzi w godzinach wieczornych i nocnych, ciągi komunikacyjne i parkingi winny być drożne do godz. 7.00 dnia następnego;

LOKALIZACJA 5 - 11 kondygnacyjny, ul. dr Pieniężnego 24, 65-054 Zielona Góra - siedziba Pierwszego i Drugiego Urzędu Skarbowego w Zielonej Górze oraz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze (...)

#### 6. POSESJA:

- chodnik o długości 34,00 mb,
- tereny zielone: 187,00 m2 ,
- podwórze (parking): 283,00 m2 .

Usługa sprzątnia obejmuje wykonywanie nw. czynności:

- Sprzątanie wokół budynku oraz wewnętrznego podwórka.
  - Odśnieżanie i posypywanie piaskiem chodnika i podwórka w okresie zimowym przez 24 h (w okresie trwania umowy uwzględnia się w sezonie zimowym między innymi: odśnieżanie całego terenu, usuwanie oblodzeń traktów pieszych, wywóz zalegającego śniegu).
  - W przypadku wystąpienia opadów śniegu i/lub zjawiska gołoledzi w godzinach wieczornych i nocnych, ciągi komunikacyjne i parkingi winny być drożne do godz. 7.00 dnia następnego;
- LOKALIZACJA 6 - 2-kondygnacyjny, ul. dr Pieniężnego 24 , 65-054 Zielona Góra - siedziba Drugiego Urzędu Skarbowego w Zielonej Górze: (.)

#### 6. POSESJA - parking ok. 134,36 m2

Usługa sprzątnia obejmuje wykonywanie nw. czynności:

- Sprzątanie wokół budynku oraz wewnętrznego podwórka.
- Odśnieżanie i posypywanie piaskiem podwórka w okresie zimowym przez 24h (w okresie trwania umowy uwzględnia się w sezonie zimowym między innymi: odśnieżanie całego terenu, usuwanie oblodzeń traktów pieszych).
- Czyszczenie z liści i innych zanieczyszczeń koryta wraz z kratą ściekową (teren przed budynkiem)- wg potrzeb;"

We wzorze Formularza ofertowego Zamawiający zastosował podział zamówienia ze względu na lokalizacje oraz rozróżniając usługę utrzymania czystości na zewnątrz i wewnątrz budynku, oczekując tym samym odrębnej wyceny w ramach danej lokalizacji budynku z rozróżnieniem utrzymania czystości na zewnątrz i wewnątrz budynku. Zamawiający nie wskazał stawek podatku VAT, jakie należy zastosować.

Odwołujący w odniesieniu do lokalizacji budynków posadowionych przy ul. Dr Pieniężnego 24 w Zielonej Górze skalkulował zamówienie z zastosowaniem dwóch różnych stawek podatku (8% i 23% w zależności czy usługa będzie wykonywana na zewnątrz, czy wewnątrz budynku).

Pismem z dnia 27 września 2021 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wskazując, że „podczas badania tej oferty stwierdzono, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający wymagał wskazania przyjętej stawki VAT dla każdej pozycji podlegającej wycenie. W złożonym formularzu ofertowym z dnia 28.07.2021 r. Wykonawca dla Części I wskazał w poz. 6 kol 4 tabeli, błędną stawkę podatku VAT - 23% zamiast 8%, na usługę utrzymania czystości na zewnątrz Budynku 4 przy ul. Dr Pieniężnego 24 - 5 kondygnacyjny Zielona Góra.

„W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11).” (źródło: <https://www.wprzetargach.pl>)”.

Zdaniem Odwołującego, z oceną oferty Odwołującego i wyborem jako najkorzystniejszej konkurencyjnej oferty nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że z mocy przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej jest

zobowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których

oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udźwignął tego obowiązku. Zamawiający bowiem jako powód odrzucenia oferty Odwołującego wskazał zastosowanie w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego dla Części I zamówienia rzekomo błędnej stawki podatku VAT. Zdaniem Zamawiającego, zamiast stawki 23% winna być stawka 8%. Jednakowoż Zamawiający w żaden sposób swego stanowiska nie uzasadnił. Odwołujący nie wie zatem, na jakiej podstawie Zamawiający formułuje swoje przekonanie.

Zamawiający konstruując wzór Formularza ofertowego nie wskazał stawek podatku VAT, jakie należy zastosować. Odnosi się to do wszystkich usług, będących przedmiotem zamówienia, we wszystkich lokalizacjach. Tym samym, uznać należy, że Zamawiający pozostawił wykonawcom ciężar określenia prawidłowej stawki podatku VAT. Skoro zatem Odwołujący określił sporną stawkę na określonym poziomie, a w ocenie Zamawiającego, stawka ta jest błędna, to z pewnością za niewystarczające należy uznać, w świetle przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzestanie przez Zamawiającego na stwierdzeniu, że rzeczona stawka jest błędna.

Tego rodzaju uzasadnienie w istocie uniemożliwia Odwołującemu polemikę z Zamawiającym, bowiem Odwołujący nie zna powodów, dla których stawkę tę uznał Zamawiający za nieprawidłową. Powyższe czyni obronę swoich praw przez Odwołującego właściwie niemożliwą, Odwołujący nie jest bowiem w stanie, ale nie jest też zobowiązany do

domniemywania przyczyn odrzucenia jego oferty.

W ocenie Odwołującego, brak podania wyczerpującego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jest wystarczający dla nakazania przez Izbę unieważnienia rzeczony czynności, gdyż jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający w istocie nie dokonał tej oceny w sposób należyty, wręcz przeciwnie, w opisanych warunkach uznać należy, że ocena dokonana przez Zamawiającego jest dowolna.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp kreuje każdorazowo obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji, gdyby zaniechanie wezwania mogło doprowadzić do podjęcia błędnych decyzji przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego obowiązek ten zaktualizował się, bowiem po pierwsze, Zamawiający pozostawił wykonawcom uprawnienie do określenia stawek podatku VAT. Jeśli więc Zamawiający to uprawnienie na etapie oceny ofert zakwestionował, to winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia, z jakich powodów zastosował stawkę 23% w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego dla Części I zamówienia. Po drugie, analiza Formularza ofertowego,

złożonego przez Odwołującego pokazuje, że jeśli idzie o świadczenie usług sprzątanania na zewnątrz, to wyłącznie w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego Odwołujący zastosował stawkę 23%, natomiast dla 7 lokalizacji dla tożsamej usługi, tj. sprzątanania zewnętrznego przyjął stawkę 8%. W tych okolicznościach nie sposób przyjąć, że w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego mamy do czynienia z omyłką Odwołującego, ale z konsekwentnym i uzasadnionym działaniem. Skoro Zamawiający tego działania Odwołującego nie rozumiał, to swoje wątpliwości winien był usunąć w toku wezwania do wyjaśnień Odwołującego, a nie przyjmować, że działanie Odwołującego jest nieuprawnione.

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wyjaśnił, z jakich powodów zastosował stawkę 23 % w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego, niemniej jednak Odwołujący stoi na stanowisku, że winien tego dokonać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu odwoławczym, bowiem ewentualne dokonanie oceny wyjaśnień Odwołującego przez Izbę doprowadzi do sytuacji, w której Izba dokona oceny zamiast Zamawiającego, co biorąc pod uwagę kognicję Izby, nie byłoby uprawnione.

Odwołujący wskazał, że Budynki nr 4, 5 i 6 posadowione przy ul. Dr Pieniężnego w Zielonej Górze dzielą tożsame podwórko. Okoliczność, że otoczenie tych budynków, a w szczególności budynku nr 4 i 5, jest tożsame, potwierdza treść Załącznika nr 1a do SWZ, gdzie opisano lokalizację oraz rodzaj i wielkość posesji dla budynków nr 4 i 5 do sprzątanania. Lektura powołanego Załącznika wskazuje, że usługa utrzymania czystości na zewnątrz wskazanych budynków obejmuje, m.in. chodnik o długości 34,00 mb, tereny zielone: 187,00 m2, podwórze (parking): 283,00 m2, a więc bezsprzecznie jest to tożsame otoczenie. Powyższe Odwołujący zweryfikował już przed złożeniem oferty. W związku z powyższym Odwołujący chcąc uniknąć podwójnej kalkulacji tożsamej usługi w ramach powołanej lokalizacji skalkulował w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego usługę utrzymania czystości na zewnątrz w mniejszej części niż ma to miejsce w przypadku poz. 8 kol. 4 Formularza ofertowego. Zaś obie pozycje rozpatrywane łącznie obejmują kalkulację spornej usługi opisanej dla budynków nr 4 i 5.

Jednocześnie podany sposób skalkulowania oferty Odwołującego spowodował, że Odwołujący uznał, iż usługi z poz. 5 i 6 kol. 4 Formularza ofertowego mają charakter usługi kompleksowej i winny być skalkulowane według jednolitej stawki podatku VAT, a więc 23%. Odwołujący uznał bowiem, że świadczeniem głównym w tych okolicznościach jest usługa utrzymania czystości wewnątrz budynku, zaś świadczeniem uzupełniającym (pomocniczym) jest usługa sprzątanania (opróżniania koszy na śmieci) na zewnątrz budynku, wykonywana przez pracownika świadczącego usługi sprzątanania wewnątrz budynku. Z tych względów Odwołujący stoi na stanowisku, że był uprawniony do zastosowania stawki VAT w wysokości 23% w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego.

Niezależnie od powyższego za utrwalone w orzecznictwie KIO, jak i organów podatkowych, a także sądów administracyjnych, należy uznać stanowisko zgodnie, z którym zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT nie może prowadzić do odrzucenia oferty, gdyż skorzystanie z ulg i preferencji jest jedynie uprawnieniem podatnika, a nie jego obowiązkiem. W konsekwencji, skoro na gruncie prawnopodatkowym zastosowanie stawki podstawowej nie rodzi żadnych negatywnych konsekwencji, to analogiczną zasadę należy przyjąć w świetle Prawa zamówień publicznych, tym bardziej, że zastosowanie stawki podstawowej jest niezależnie od okoliczności uznawane za prawidłowe. Potwierdzeniem twierdzeń Odwołującego jest wyrok KIO z dnia 23 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2390/15. Teza ta znajduje również zastosowanie w obszarze zamówień publicznych. Jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem (wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13). Skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Jeżeli, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca w złożonej ofercie zawyżył stawkę podatku VAT, to pozostaje to bez wpływu na ocenę zgodności jego oferty z przepisami ustawy o VAT. Zgodnie bowiem z art. 108 ust. 1 i 2 ustawy o VAT, w przypadku wykazania

na fakturze kwoty podatku wyższej od podatku należnego powstaje wobec podatnika obowiązek jego zapłaty w wysokości wykazanej na fakturze. Tym samym jeżeli zastosowano stawkę 23% w miejsce stawki obniżonej i tak powstanie obowiązek zapłaty podatku w wysokości wynikającej z zastosowania stawki podstawowej. Nie dziwi więc zatem, iż w orzecznictwie zarówno KIO, jak i sądów powszechnych, naliczenie stawki podstawowej w miejsce stawki obniżonej podatku VAT nie jest traktowane jako błąd w obliczeniu ceny.

Z tych względów Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej innego Wykonawcy i odrzucenie oferty Odwołującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; (2) SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach; (3) DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy; (4) 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy; (5) Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnioskował o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podniósł, że zamówienie zostało podzielone na 6 części. W ramach Części I usługą sprzątnięcia wewnątrz i na zewnątrz budynków zostały objęte obiekty zlokalizowane w Zielonej Górze, Krośnie Odrzańskim, Nowej Soli oraz Gubinku. We wzorze Formularza ofertowego Zamawiający zastosował podział zamówienia ze względu na lokalizację oraz rozróżniając usługę utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz poszczególnych budynków. Podział ten generował wytworzenie cen składowych zamówienia, które Wykonawcy składający ofertę winni zaproponować wraz podaniem właściwej dla rodzaju usługi stawki podatku VAT.

W postępowaniu w części I oferty złożyło sześciu Wykonawców. Pięciu Wykonawców składając oferty częściowe na wszystkie lokalizacje w części I do ceny netto naliczyło podatek VAT w wysokości odpowiednio 8% (usługa sprzątnięcia na zewnątrz budynków) i 23% (usługa sprzątnięcia wewnątrz budynku), natomiast Odwołujący, składając ofertę na Część I w poz. 6 kol 4 dotyczącej usługi utrzymania czystości na zewnątrz budynku przy ul. Dr Pieniężnego 24 wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 23% tj. stawkę taką jak na usługę utrzymania czystości wewnątrz budynku. W zakresie wszystkich pozostałych lokalizacji Odwołujący zastosował dwie stawki VAT 23% i 8% (za wyjątkiem części 2, gdzie również Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny wskazując błędną stawkę podatku VAT, tym razem jednak dla usługi sprzątnięcia wewnątrz, tu również oferta Odwołującego została odrzucona, jednak ta część postępowania została unieważniona, a Odwołujący nie złożył odwołania.

Ad. 1 Błąd w obliczeniu ceny

Teren, który ma podlegać realizacji usługi sprzątnięcia na zewnątrz Budynku 4 w przypadku spornej pozycji formularza ofertowego obejmuje:

- chodnik o długości 34,00 mb,
- tereny zielone: 187,00 m<sup>2</sup>,

- podwórze (parking): 283,00 m<sup>2</sup>.

Wykonawca zobowiązany jest do realizacji w ramach usługi sprzątnięcia na zewnątrz na tym terenie do:

- utrzymania czystości wokół budynku oraz wewnętrznego podwórka, w tym zamykania liści,
- odśnieżania i posypywania piaskiem chodnika i podwórka w okresie zimowym przez 24 h (w okresie trwania umowy uwzględnia się w sezonie zimowym między innymi: odśnieżanie całego terenu, usuwanie oblodzeń traktów pieszych, wywóz zalegającego śniegu).

Odwołujący twierdzi, że kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia na zewnątrz dokonywał łącznie dla Budynku 4 i Budynku 5, natomiast usługę sprzątnięcia dla Budynku 4 potraktował jako usługę kompleksową. W konsekwencji jak podaje, usługę utrzymania czystości na zewnątrz Budynku 4 skalkulował w mniejszej części niż ma to miejsce w przypadku Budynku 5 oraz ustalił taką samą stawkę VAT w wysokości 23% dla sprzątnięcia na zewnątrz i wewnątrz Budynku 4.

Odwołujący uznał bowiem, że świadczeniem głównym w tych okolicznościach jest usługa utrzymania czystości wewnątrz budynku, zaś świadczeniem uzupełniającym (pomocniczym) jest usługa sprzątnięcia (opróżniania koszy na śmieci) na zewnątrz budynku, wykonywana przez pracownika świadczącego usługi sprzątnięcia wewnątrz budynku.

Takich wyjaśnień i argumentacji Zamawiający nie uznaje za uprawnione i uzasadnione.

Po pierwsze, Zamawiający w SWZ opisał przedmiot zamówienia jako wykaz poszczególnych usług, których realizacja zostanie powierzona wybranemu Wykonawcy. Pośród wskazanych usług znalazły się usługi sprzątnięcia wewnątrz budynków i usługa utrzymania czystości na zewnątrz budynków, a usługi te są opodatkowane podatkiem VAT z zastosowaniem różnych stawek. Po drugie pomiędzy stronami bezsporne jest że usługi sprzątnięcia na zewnątrz budynku są opodatkowane podatkiem VAT z zastosowaniem stawki 8%. Po trzecie nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego o pomocniczym charakterze usługi utrzymania czystości na zewnątrz budynku. Za usługę pomocniczą uznaje się usługę, której jedynym celem jest wykonanie innych usług, usługa taka nie mogłaby być przedmiotem/celem samym w sobie ani przedmiotem odrębnego postępowania. Co więcej o tym czy dana usługa ma charakter samoistny czy pomocniczy decyduje charakter tej usługi, a nie jej wartość czy zakres w danym postępowaniu (tak wyrok KIO z 14 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2870/12).

Zapisy SWZ nie pozostawiają wątpliwości, iż wszystkie wymagane usługi mają charakter równorzędny i wyłącznie wykonanie wszystkich przewidzianych w SWZ usług może zostać uznane za należyte wykonanie umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Brak zatem podstaw do formułowania tezy o pomocniczym charakterze usługi sprzątnięcia na zewnątrz w przypadku budynku. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego powinien wycenić tak również pozostałe pozycje z Formularza ofertowego uznając usługę sprzątnięcia na zewnątrz za usługę pomocniczą, a jednak tego nie zrobił, składając oferty na inne części tego samego postępowania (za wyjątkiem części 2, gdzie również popełnił błąd w obliczeniu ceny).

Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący przyznając się do takiej konstrukcji kalkulacji oferty, wzbudza wątpliwość Zamawiającego co do prawidłowości kalkulacji elementów składowych ceny ofertowej. W rozdziale XVIII SWZ Zamawiający w sposób szczegółowy określił sposób obliczenia ceny. Kalkulacja ceny ofertowej musi uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia tj. w cenie ofertowej należy ująć wszelkie składniki cenotwórcze, wszystkie kosztowe elementy wpływające na ostateczną cenę ofertową. Dodatkowo, zgodnie ze Wzorem umowy, rozliczenie z tytułu realizacji umowy następować będzie częściami (w zależności od rodzaju zrealizowanej usługi i jednostki, której usługa dotyczy- zgodnie ze wskazaniem w § 5 ust 1 umowy). Procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części odpowiadać będzie procentowi wartości zrealizowanych usług w danym okresie rozliczeniowym w stosunku do całkowitej wartości brutto zamówienia określonej dla danej jednostki w tabeli, o której mowa w § 5 ust 1 umowy. W takim rozumieniu, ceny jednostkowe wskazane w Formularzu ofertowym dla poszczególnych budynków, nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia Wykonawcy), ale pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które - w każdym miesiącu realizacji usługi - naliczane będzie wynagrodzenie Wykonawcy. Zatem ceny jednostkowe, zaferowane w Formularzu ofertowym, mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji, składających się na zamówienie.

Prawdą jest, że teren zewnętrzny dla Budynków 4 i 5 w Części I jest to posesja wspólna, jednak Zamawiający dla celów rozliczeń kosztów realizacji usług w poszczególnych

budynkach, podzielił teren posesji równo po połowie (a nie uwzględnił to samo dwa razy, jak sugeruje Odwołujący). Dlatego też, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca powinien oddzielić skalkulować sprzątanie na zewnątrz przypisane do Budynku 4 i 5, aby można było mówić o zgodności merytorycznej zakresu oferty z zakresem SWZ. Obecnie uznać należy, iż treść złożonej Oferty jest niezgodna z treścią SWZ, co polega na niezgodności zakresu zobowiązania które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania które Zamawiający opisał w SWZ i którego oczekuje. Oferta Odwołującego nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co do zakresu, ilości i jakości (ujawnione obecnie niezaoferowanie w ofercie Wykonawcy usługi sprzątanía części zewnętrznych dla budynku 4).

Podczas badania i oceny ofert, do jego obowiązków należało m. in. sprawdzenie prawidłowości zastosowanych przez Wykonawców stawek VAT. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący przy obliczaniu ceny wskazał nieprawidłową stawkę VAT w wysokości 23%, podczas gdy powinna być zastosowana stawka 8%. Taki stan faktyczny zobowiązywał Zamawiającego do zakwalifikowania oferty jako wadliwej, zawierającej błąd w obliczeniu ceny i odrzucenia tej oferty w oparciu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zamawiający nie mógł przy tym sam dokonać poprawy stawki VAT w ofercie Odwołującego, ponieważ tylko wskazanie stawki prawidłowej w SWZ, dawałoby podstawę do takiej poprawy zakwalifikowanej jako poprawa innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający zauważył, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku m.in. przyjęcia do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Takie stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 8 lipca 2019 r. KIO 1046/19 i KIO 1065/19. Ustawodawca nie określił w przepisach, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty. Należy zatem przyjąć, że chodzi o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy Wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Dla zapewnienia przez Zamawiającego porównywalności ofert, poddawanych ocenie w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach ich oceny, oferty powinny zawierać stawkę VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami. Zamawiający w ramach badania ofert jest zobowiązany do zbadania, czy Wykonawca prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT w swojej ofercie, z uwagi na to, że podatek ten jest elementem cenotwórczym.

Zamawiający w SWZ wymagał podania w ofercie stawki i kwoty podatku VAT przez Wykonawcę, jako podmiotu, który jest odpowiedzialny za przestrzeganie ustawy o podatku od towarów i usług, i który będzie potem wystawiał faktury za realizację zamówienia. Zamawiający nie czuje się uprawniony do wskazywania jednej i właściwej stawki podatku w SWZ, ponieważ oprócz możliwości zastosowania stawek w wysokości 8%, 23%, pozostaje również możliwość zwolnienia Wykonawcy ze stosowania podatku VAT. W związku z tym, Wykonawcy winni ustalić prawidłową stawkę podatku VAT dla poszczególnych pozycji i zastosować je przy obliczeniu ceny oferty, wiedząc, że w razie błędnego jej określenia, Zamawiający nie dokona jej poprawy.

Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r., poz. 685 ze zm.), zwanej dalej ustawą o VAT, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Obecnie w Polsce podstawowa stawka podatku VAT wynosi 23%. Od tej reguły ustawodawca ustanowił pewne wyjątki, tzn. przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi, bądź zwolnienie od podatku. Dla celów podatku od towarów i usług wykorzystywana jest Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług wprowadzona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2015 r. poz. 1676, ze zm.). W poz. 50 załącznika nr 3 do ustawy, stanowiącego wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8% wskazano PKWiU 81.29.12.0 - „Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu”. Jak z powyższego wynika, podstawową stawką podatku VAT jest stawka 23%, obniżone stawki podatku VAT mają charakter wyjątkowy i powinny mieć zastosowanie do usług wskazanych wprost w ustawie VAT lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być wykazana w przepisach w sposób niebudzący wątpliwości. Dopiero brak możliwości jednoznacznego wykazania istnienia, w okolicznościach sprawy, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu i zakresu usługi opisanego w SWZ, podstaw do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, wskazuje na możliwość zastosowania stawki podstawowej. Nie jest to więc dowolność po stronie Odwołującego, wbrew temu co twierdzi.

Z przywołanych przepisów wynika, jaką stawką podatku od towarów i usług powinny być opodatkowane usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu - sklasyfikowane pod

symbolem PKWiU 81.29.12.0. Nierozumieliśmy dlatego jest, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął odmienne stanowisko i postanowił przyjąć stawkę inną niż wynikającą wprost z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. I nie może mieć tutaj znaczenia przyjęta przez niego konstrukcja wyceny oferty oraz założenie, że jest to akurat tylko w tej małej części usługa kompleksowa.

Ponadto, jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do zastosowania odpowiedniej stawki podatkowej w Formularzu ofertowym, to mógł wystąpić do odpowiednich organów o uzyskanie indywidualnej interpretacji podatkowej, bądź skorzystać z możliwości przewidzianej w ustawie Pzp i zadać pytanie do treści SWZ. Odwołujący z tych rozwiązań jednak nie skorzystał.

W ocenie Zamawiającego stosowanie przez Wykonawców odmiennych wartości stawek VAT, niż wynika to z przepisów prawa, nie może być uznaniowe, gdyż powoduje, że oferta stała się nieporównywalna względem ofert pozostałych uczestników postępowania. Jednocześnie Odwołujący będąc uczestnikiem poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tożsame usługi sprzątnięcia w jednostkach Zamawiającego, w latach 2020-2021 dla części I obejmującej swym zasięgiem budynki w Zielonej Górze, wskazał dla usługi sprzątnięcia zewnętrznego w Budynku 5-kondygnacyjnym w Zielonej Górze, ul. Dr. Pieniężnego 24, 65-054 Zielona Góra, podał prawidłową stawkę VAT tj. 8% i Odwołujący do tej pory wystawia Zamawiającemu prawidłowo faktury w zakresie stawek podatku VAT. Zakres prac wykazanych w Opisach przedmiotu zamówienia obu postępowań dla ww. obiektu jest tożsamy.

#### Ad. 2 Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień

W toku badania i oceny ofert, zgodnie z zapisami ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jednocześnie nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały.

Zamawiający po ocenie oferty Odwołującego miał pewność, że zastosował on w swojej ofercie błędną stawkę VAT, a która nie podlega poprawie jako omyłka rachunkowa oraz inna omyłka.

W ocenie Zamawiającego nie zaszła konieczność wezwania Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie. Tym bardziej, że wyjaśnienia prowadziłyby albo do polemiki z Zamawiającym co do prawidłowości przyjętej stawki VAT, a Zamawiający tych wyjaśnień i tak by nie mógł przyjąć, albo do przyznania się Odwołującego do popełnienia błędu i w konsekwencji do chęci poprawy oferty, do czego Zamawiający zgodnie z przepisami i orzecznictwem nie mógłby dopuścić w takiej sytuacji. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać a tym bardziej powodować jej zmiany. Ponadto Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu.

#### Ad. 3 Brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty

Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, po wyborze najkorzystniejszej oferty w części I postępowania, poinformował równocześnie wszystkich Wykonawców w tej części postępowania, o tym fakcie, a także o ofertach odrzuconych - podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji.

W informacji z wyboru Zamawiający podał, że: „W prowadzonym postępowaniu dla Części I, w terminie wyznaczonym do składania ofert, wpłynęło 6 ofert, w tym oferta Wykonawcy Norge Sp. z o.o., ul. Promienista 121, 60-141 Poznań. Podczas badania tej oferty stwierdzono, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający wymagał wskazania przyjętej stawki VAT dla każdej pozycji podlegającej wycenie. W złożonym formularzu ofertowym z dnia 28.07.2021 r. ww. Wykonawca dla Części I wskazał w poz. 6 kol. 4 tabeli, błędną stawkę podatku VAT - 23% zamiast 8%, na usługę utrzymania czystości na zewnątrz Budynku 4 przy ul. Dr Pieniężnego 24 - 5 kondygnacyjny Zielona Góra.” Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11. W ramach uzasadnienia prawnego Zamawiający wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W opinii Zamawiającego, z przytoczonych wyżej informacji wynika, jaka przesłanka faktyczna i prawna była powodem odrzucenia oferty Odwołującego. Uzasadnienie to spełnia kryterium zwięzłego, pełnego i wyczerpującego przedstawienia powodów działania

Zamawiającego. Nadto o poprawności i skuteczności sporządzonego przez Zamawiającego uzasadnienia świadczy m. in. treść odwołania, z której wynika, iż Odwołujący w sposób pełny odczytał faktyczne i prawne podstawy rozstrzygnięcia dokonanego przez Zamawiającego.

W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym, Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem XVIII SWZ - SPOSÓB OBLICZENIA CENY cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia i musi być wyrażona w złotych polskich (do dwóch miejsc po przecinku). Zamawiający nie przewidywał rozliczeń w walucie obcej. Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty (związania) oraz okres realizacji (wykonania) zamówienia z wyjątkiem przypadków określonych w umowie. W cenie oferty należy uwzględnić warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w tym między innymi: podatki, w tym podatek od towarów i usług, świadczenie gwarancji, koszty usługi, oraz wszelkie opłaty, ubezpieczenia oraz inne koszty i opłaty niewymienione, a które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca szacuje cenę oferty na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia oraz Projektu umowy. Cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ. Cena ofertowa, stanowi podstawę do badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca może złożyć, tylko jedną ofertę (bez proponowania rozwiązań wariantowych). Cena ofertowa będzie traktowana jako ostateczna i nie będzie podlegać żadnym negocjacjom. Brak wypełnienia i określenia ceny w Formularzu ofertowym spowoduje odrzucenie oferty. Przedmiot zamówienia w całości będzie finansowany ze środków publicznych. Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować Zamawiającego w odpowiednim miejscu Formularza ofertowego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Brak złożenia ww. informacji będzie postrzegany jako brak powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego.

Zamawiający w formularzu ofertowym (stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ), podzielił przedmiot zamówienia na lokalizacje wymienione w opisie przedmiotu zamówienia i zobowiązał Wykonawców do podania miesięcznego/ kwartalnego wynagrodzenie netto (w złotych), stawki VAT (%), miesięcznego/ kwartalnego wynagrodzenie brutto (w złotych), wskazał, że usługa będzie trwała 48 miesięcy i zobowiązał do obliczenia wartości brutto (w złotych).

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert Zamawiający zamieścił informacje odpowiadające treści przywołanej w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia Izba doszła do przekonania, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Przepis 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Sporną kwestią w postępowaniu odwoławczym jest ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego, wynikającego z przyjęcia przez Odwołującego w ofercie jednolitej stawki podatku VAT dla świadczeń objętych treścią oferty, podczas gdy świadczenia związane z utrzymaniem czystości dotyczą utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz budynków, co zdaniem Zamawiającego rodzi konieczność przyjęcia dwóch różnych stawek podatku VAT.

Zagadnienie świadczeń złożonych było przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI

Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne

1 niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NVp-ko Staatssecretaris van Financien, TSUE wskazał, że art.

2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

Opierając się na powyższym orzecznictwie należy stwierdzić, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Jeżeli jednak świadczenia stanowią dla nabywcy całość ekonomiczną, nie należy ich sztucznie rozdzielać.

Izba analizując opis przedmiotu zamówienia ustaliła, że przedmiot zamówienia nie jest świadczeniem jednolitym. Składa się on z dwóch odrębnych od siebie świadczeń. Tym samym skład orzekający Izby podzielił w tym zakresie twierdzenia i wnioski Zamawiającego i Przystępującego.

Z opisu przedmiotu zamówienia niewątpliwie płynie wniosek, że wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że istnieje możliwość ustalenia stawki podatku VAT odrębnie dla poszczególnych elementów tego zamówienia, w związku z czym elementy zamówienia związane z utrzymaniem czystości wewnątrz budynków podlegają opodatkowaniu stawką podstawową, zaś pozostałe usługi stawką preferencyjną. Izba uważa, że w postępowaniu nie występuje świadczenie główne, któremu można przypisać status świadczenia dominującego oraz świadczenia pomocnicze, prowadzące do realizacji świadczenia głównego. Odwołujący zdaje się powyższe wywodzić jedynie z lokalizacji budynków w pozycjach 5 i 6 formularza ofertowego, a nie z charakteru świadczeń. Tymczasem to charakter danego świadczenia determinuje odpowiedź na pytanie, czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, czy z dwoma różnymi rodzajami usług, które mogą być wykonywane niezależnie lub obok siebie. W ocenie Izby dostrzeżenia wymaga, iż celem Zamawiającego jest utrzymanie czystości na terenie budynków, które użytkuje. Przy czym rozróżnić należy, iż owo utrzymanie czystości odnosi się do wnętrza budynków oraz terenów do budynków przyległych, znajdujących się na zewnątrz, w skład których wchodzi między innymi chodniki i parkingi. Zdaniem Izby oba te świadczenia mogą być wykonywane odrębnie. Znaczenie indyferentne prawnie w tych okolicznościach ma fakt, że kilka budynków dzieli teren do nich przylegający. Zatem prawidłowym działaniem Wykonawcy powinno być rozróżnienie w formularzu ofertowym w ramach stawki podatku VAT świadczeń odnoszących się do utrzymania czystości w budynkach i poza nimi. Do takiego rozróżnienia nawiązywała zresztą budowa ustalonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formularza ofertowego. Z treści tego dokumentu wynika, że wyodrębniono świadczenia sprzątnięcia w budynkach i na zewnątrz nich. Do tego wyodrębnienia winien zastosować się Odwołujący, czego nie uczynił. Tym samym wskazanie przez Odwołującego jednolitej stawki podatku należało uznać za błąd w obliczeniu ceny.

Złożona w poczet materiału dowodowego przez Odwołującego opinia ma charakter dokumentu prywatnego, a więc stanowi jedynie dowód, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Nie przesądza ona o prawidłowości zastosowanej stawki. Mogła ona tym samym jedynie wspierać stanowisko procesowe Strony. Słusznie również zwrócił uwagę Przystępujący, że wbrew wnioskowi opinii możliwe jest również inne zakwalifikowanie usług będących przedmiotem świadczenia w ramach kodów PKWiU, a

podane w opinii kody są nieadekwatne do czynności stanowiących przedmiot zamówienia.

Obowiązkiem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu było ustalenie i zbadanie, czy w złożonych ofertach nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, rozumianym jako przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług, co niezbieżnie wynika z uchwał Sądu Najwyższego z 20 października 2011 roku, sygn. akt CZP 52/11 i CZP 53/11. Skoro podatek VAT jest składnikiem cenotwórczy, to cena obliczona będzie jako prawidłowa, jeżeli składnik ten uwzględniony zostanie w prawidłowej wysokości, przy zastosowaniu odpowiedniej stawki podatku. W przypadku zastosowania zaś stawki nieprawidłowej, tak doktryna, jak i orzecznictwo jednolicie stanowią, iż konsekwencją jest uznanie oferty za zawierającą błąd w obliczeniu ceny, zaś taka oferta podlega odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że kwestią bez znaczenia pozostaje to, czy oferta podlegająca odrzuceniu jest korzystniejsza od innych, prawidłowych ofert. Nawet jeżeli w przypadku zastosowania stawki wyższej - 23% oferta Odwołującego będzie tańsza niż oferta Wykonawcy, który zastosował stawkę preferencyjną - 8% - podlega ona odrzuceniu. Jak podkreślił bowiem Sąd Najwyższy, istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Porównuje się zaś oferty zawierające identyczne składowe ceny.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2020 roku (sygn. akt KIO 2933/20), w przedmiocie możliwości zastosowania stawki VAT 8% jako uprawnienia, nie zaś obowiązku wykonawcy.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia był klarowny i nie wymagał dodatkowych zabiegów interpretacyjnych od Wykonawców. Z opisu tego jasno wynikało w jakich ilościach świadczenie obejmuje sprzątnięcie na zewnątrz każdego z budynków. Tłumaczenia Odwołującego, że „chcąc uniknąć podwójnej kalkulacji tożsamej usługi w ramach powołanej lokalizacji skalkulował w poz. 6 kol. 4 Formularza ofertowego usługę utrzymania czystości na zewnątrz w mniejszej części niż ma to miejsce w przypadku poz. 8 kol. 4 Formularza ofertowego. Zaś obie pozycje rozpatrywane łącznie obejmują kalkulację spornej usługi opisanej dla budynków nr 4 i 5”, Izba uznaje za niewiarygodne. Zauważyć należy, iż w przypadku, gdy posesja odnosiła się łącznie do kilku budynków i w ten sposób miała być sporządzona kalkulacja usług, Zamawiający jasno dawał temu wyraz w OPZ. Przykładem takich budynków jest lokalizacja nr 4 pkt 6 opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku budynków nr 5 i 6 takiego odniesienia OPZ nie zawiera. Nieuprawnione były zatem działania Odwołującego zmierzające do modyfikacji wyceny usług w ramach punktów nr 6 formularza ofertowego. Bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostają złożone przez Odwołującego i Zamawiającego wydruki zawierające rzuty budynków i terenów przyległych, bowiem metraż objęty przedmiotem świadczenia Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia i obowiązkiem Wykonawcy było wycenić usługę na podanych ilości metraży powierzchni.

Ustosunkowując się do dalszych zarzutów odwołania, że Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem oferty i rozważyć możliwość poprawienia oferty, w ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z opisanych instytucji ustawy Pzp. Zamawiający w SWZ nie określił stawek podatku, to do obowiązku Wykonawcy należało wskazanie stawki prawidłowej. Zgodnie z przywołanymi w niniejszym orzeczeniu uchwałami Sądu Najwyższego, poprawienie treści oferty, czy też uzyskanie dodatkowych wyjaśnień od Wykonawcy jest możliwe, kiedy stawka podatku jest w postępowaniu określona. W innych przypadkach składanie przez Wykonawcę dodatkowych wyjaśnień, dlaczego zastosował on taką a nie inną stawkę zawsze będzie prowadziło do zmiany treści oferty, co na gruncie przepisów Pzp jest niedopuszczalne. Brak jest bowiem elementów do porównania, to jest treści SWZ i treści oferty. W takich przypadkach Zamawiający zobowiązany jest jedynie do oceny prawidłowości zastosowania stawki przez Wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w ocenie Izby Zamawiający wykazał, że stawka ta w ofercie Odwołującego została określona nieprawidłowo. Wobec tego Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty, które wymagały uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Odwołującego.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że Zamawiający uchybił regulacjom ustawy Pzp odnoszącym się do konieczności przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty. W przedstawionym uzasadnieniu Zamawiający nawiązał do treści przepisów ustawy Pzp o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny i wskazał, dlaczego uważa, że oferta Odwołującego taki błąd zawiera, podał również

jaką stawkę podatku VAT uważa za prawidłową. Wbrew twierdzeniom Odwołującego informacja o odrzuceniu oferty nie miała enigmatycznego charakteru i zawierała takie elementy, które pozwoliły Odwołującemu na sformułowanie zarzutów i przedstawienie dowodów w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej

konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: