Sygn. akt KIO 588/12

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Firma Usługowa „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-225 Wola, ul. Kopalniana 10 (pełnomocnik wykonawców), 2. Władysława Bigos prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, 43-227 Gilowice, ul. Lompy 15,** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, 00-975 Warszawa, ul. Rakowiecka 4,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Państwowemu Instytutowi - 00-975 ul. Geologicznemu Państwowemu Instytutowi Badawczemu, Warszawa, Rakowiecka 4, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, 00-975 Warszawa, ul. Rakowiecka 4 i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Firma Usługowa „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-225 Wola, ul. Kopalniana 10

(pełnomocnik wykonawców), 2. Władysława Bigos prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, 43-227 Gilowice, ul. Lompy 15, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego, 00-975 Warszawa, ul. Rakowiecka 4, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Firma Usługowa „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-225 Wola, ul. Kopalniana 10 (pełnomocnik wykonawców), 2. Władysława Bigos prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, 43-227 Gilowice, ul. Lompy 15, kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt KIO 588/12

Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Firma Usługowa „EKO-JAGR” spółka z ograniczoną oodpwiedzialnością w Woli (pełnomocnik wykonawców), 2. Władysława Bigos prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „USŁUGI KRATER” Władysława Bigos w Gilowicach, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na „Usługi sprzątania dla Oddziału Górnośląskiego PIG-PIB w Sosnowcu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22.02.2012 r., poz. 52792-2012.

Odwołanie dotyczy czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego.
Odwołujący zarzucił zamawiajacemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”:

1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w toku czynności badania ofert,
2) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
3) art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty,
3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, a bezprawna decyzja zamawiającego wyrządziła mu szkodę, gdyż oferta odwołującego była najkorzystniejsza i jako taka powinna zostać wybrana. Uzyskanie zamówienia będzie stanowiło źródło dochodu odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy odwołanie przysługuje, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „siwz”, w pkt IX.2, sposób obliczenia ceny oferty, w zakresie dotyczącym podatku VAT, następująco: „Cenę oferty podlegającą ocenie i służącą dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowi suma oferowanych ryczałtowych miesięcznych cen jednostkowych brutto (przy uwzględnieniu stawki pocentowej podatku VAT obowiązującej w dniu składania ofert) za wykonanie usługi sprzątania 1 m 2 powierzchni biurowych i hotelowych, zawierająca wszystkie opusty i koszty dodatkowe” (cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert).
Odwołujący złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym w tabeli cenowej (pkt 2) podał w każdej z trzech pozycji dotyczącej każdego roku trwania umowy (trzy lata): w kolumnie 3 i 4 - ryczałtowe miesięczne ceny jednostkowe netto za wykonanie usługi - sprzątania 1 m 2 powierzchni biurowej wraz z ciągami komunikacyjnymi i mycia 1 m 2 okien - zawierające wszystkie opusty i koszty dodatkowe (zł), w kolumnie 5 - wartość netto za każdy rok trwania umowy, w kolumnie 6 (należało podać kwotę VAT) w pozycji dotyczącej każdego roku z trzech lat trwania umowy oraz w pozycji „razem”, podał kwoty „0,00”. W kolumnie 7 tabeli podał wartość brutto każdej pozycji, która równa jest wartości netto każdej pozycji.
Cena oferty odwołującego (114 278,10 zł) była drugą w kolejności ceną najkorzystniejszą, spośród 10. ofert złożonych w postępowaniu.
Odwołujący załączył do oferty pełnomocnictwo na mocy, którego obaj wykonawcy składający ofertę wspólnie ustanowili, na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy, pełnomocnikiem Firmę Usługową „EKO-JAGR” spółka z ograniczoną oodpwiedzialnością w Woli, do reprezentowania obu wykonawców, jak i każdego z nich z osobna, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego.
W pełnomocnictwie podano, że upoważnia ono w szczególnosci (opis skondensowany) do

złożenia oferty, dokonywania wszelkich czynności związanych z postępowaniem, wnoszenia środkow ochrony prawnej, prowadzenia negocjacji z zamawiającym, zawarcia i podpisania umowy.
Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień treści oferty (pismo z dnia 13 marca 2012 r.) (...) „dlaczego Wykonawca w złożonej ofercie w pkt. 2 w kolumnie 6 określił kwotę 0,00". Odwołujący wyjaśnił, że rachunki za świadczoną usługę, a nie faktury VAT, będzie wystawiać firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos,

---

która nie jest czynnym podatnikiem VAT. Zatem, (…) „w formularzu ofertowym w pozycjach dotyczących wartości podatku VAT, podano kwotę 0,00 złotych" (pismo z dnia 14 marca 2012 r.).
Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - błędy w obliczeniu ceny oferty (uzasadnienie prawne), podając w uzasadnieniu faktycznym, że „Wykonawca błędnie dokonał obliczenia ceny poprzez błędne określenie stawki VAT. Wykonawca określił kwotę podatku VAT „0" złotych a usługi w zakresie sprzątania pomieszczeń objęte są, zgodnie z przepisami ustawy o podatku VAT stawką podstawową tj. 23%. Błędne określenie kwoty VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego zamawiający nie może korygować na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ani na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stąd oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6".
Jednocześnie zamawiajacy zawiadomił odwołujacego o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Zakład Usługowo-Handlowy DEDE-ROL w Łebie, który złożył ofertę z najniższą ceną (937 080, 36 zł) oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy Agencja Usługowo-Handlowa BŁYSK w Katowicach z ceną 116 435,58 zł (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 marca 2012 r.).
Odwołujący wniósł do zamawiającego pismo z dnia 22 marca 2012 r. (w dniu 23 marca 2012 r. faksem i w dniu 26 marca 2012 r. pisemnie), w którym zwrócił się o ponowne dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego. W uzasadnieniu podał, że nie wszystkie podmioty świadczące usługi sprzątania muszą być podatnikami podatku VAT. Powtórzył, że rachunki za świadczone usługi będzie wystawiać firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, która nie jest czynnym podatnikiem VAT w rozumieniu art. 97 ustawy o VAT i korzysta ze zwolnienia od podatku VAT na zasadach określonych w art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarow i usług. Stwierdził, że z tego powodu firma nie była zobowiązana do naliczania i odprowadzania podatku VAT, a tym samym nie mogła określić wartości podatku VAT w formularzu ofertowym. Odwołujący wskazał na brak podstaw do odrzucenia jego oferty jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Do pisma została załączona kserokopia deklaracji VAT-R, tj. zgłoszenie rejestracyjne w zakresie podatku od towarów i usług Władysławy Bigos - firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, jako osoby fizycznej (aktualizacja danych), złożone w Urzędzie Skarbowym w dniu 12.01.2011 r., gdzie w wierszu 30. zaznaczono, że podatnik będzie korzystał (korzysta) ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 lub 9 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w dniu 22 marca 2012 r. na podstawie przekazanego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo EZ-2400-3/2012-142/IIP z dnia 21 marca 2012 r.) powziął informację, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6

---

ustawy jego oferta została odrzucona. Wskazał, że decyzja zamawiającego nie była prawidłowa. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty błędem w obliczeniu ceny, polegającym na tym, że odwołujący określił niewłaściwą stawkę podatku VAT oraz błędnie określił kwotę podatku VAT w wysokości „0,00" złotych. Odwołujący podał, że zdaniem zamawiającego, usługi sprzątania pomieszczeń objęte są, zgodnie z przepisami ustawy o podatku VAT, stawką podstawową tj. w wysokości 23%. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie jest podmiotem władnym do określania stawek podatku VAT. Uznał, że tylko z samego faktu, że inni wykonawcy określili stawkę na 23% nie wynika jeszcze, że wszystkie podmioty świadczące usługi sprzątania muszą być podatnikami podatku VAT i stosować do rozliczeń usługi stawkę podatku VAT w takiej wysokości. Podniósł, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 13 marca 2012 r. (wezwanie w trybie art. 87 ust.

1 ustawy) poinformował zamawiającego pismem z dnia 14 marca 2012 r., że w imieniu konsorcjum rachunki za świadczone usługi będzie wystawiać firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający został poinformowany, że wskazana firma nie jest czynnym podatnikiem VAT i za świadczone usługi nie będzie wystawiała faktur VAT lecz rachunki, w związku z powyższym, w formularzu ofertowym w pozycjach dotyczących podatku VAT, odwołujący podał kwotę „0,00" zł, a wartości netto i brutto umowy w takiej samej wysokości.
Wskazał, że ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług określa w art. 97, że do naliczania i odprowadzania podatku VAT zobowiązani są jedynie czynni podatnicy VAT oraz dopuszcza pod określonymi w art. 113 warunkami zwolnienie od podatku VAT, z ktorego korzysta firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos.
Uznał, że błąd w obliczeniu ceny oferty powstałby jedynie wtedy, gdyby firma Władysławy Bigos była czynnym podatnikiem VAT zobowiązanym do naliczania i odprowadzania podatku VAT.
Reasumując wskazał, że oferta podatnika korzystającego ze zwolnienia od podatku VAT, który nie określił w ofercie kwoty podatku VAT, nie może zostać odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający złożył na posiedzeniu Izby odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 6 kwietnia 2012 r.), w której wskazł na obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, przez niewłaściwe zastosowanie stawki podatku VAT, powołując się na podaną wyżej uchwałę Sądu Najwyższego oraz orzecznictwo KIO. Podniósł także, że odwołujący składając ofertę wspólną z udziałem wykonawcy nie będącego czynnym podatnikiem podatku VAT, powinien ten fakt udowodnić. Poddał w wątpliwość złożenie oferty wspólnej, skoro każdy z wykonawców oferuje inną cenę za tę samą usługę.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłankę materialnoprawną wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jest uczestnikiem postępowania, złożył ofertę z ceną, która wobec skutecznego wykluczenia wykonawcy - Zakład Usługowo-Handlowy DEDE-ROL w Łebie i odrzucenia oferty tego wykonawcy, powoduje, że w razie uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oferta odwołującego mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Przepis art. 23 ust. 1 i 2 ustawy stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy zobowiązani są do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców (np. konsorcja) ma na celu połączenie potencjału ludzkiego, technicznego, ekonomicznego i finansowego, by w wyniku zsumowania tegoż potencjału uzyskać zamówienie. Przepisy ustawy nie narzucają wykonawcom żadnej formy co do wspólnego złożenia oferty. Wspólnie mogą składać oferty wszyscy wykonawcy, gdyż przepisy ustawy nie przewidują w tym zakresie jakiegokolwiek ograniczenia.
Ustanowiony pełnomocnik reprezentuje wykonawców wobec zamawiającego w sposób i w zakresie wynikającym z pełnomocnictwa. Zatem, w rozpoznawanej sprawie, czynności pełnomocnika dokonywane przez Firmę Usługową „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Woli, na mocy pełnomocnictwa załączonego do oferty, kończą się wraz z zawarciem i podpisaniem umowy z zamawiającym.
Na podstawie przepisu art. 23 ust. 4 ustawy zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o ile oferta tych wykonawców zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Przepisy Pzp nie określają zasad współpracy czy rozliczania się wykonawców w ramach wspólnego złożenia oferty.
W piśmiennictwie przedstawiono m.in. następujący pogląd na tę kwestię (Jerzykowski Jarosław, artykuł, Rzeczposp. 2005.1.17, Umowa konsorcjum jedynie dla partnerów. Teza nr 1, 46493/1 i Teza nr 2, 46493/2): „Sfera wewnętrzna stosunków pomiędzy konsorcjantami regulowana jest łączącą ich umową. Umowa ta jest umową nienazwaną, choć poza sporem

pozostaje odpowiednie stosowanie do niej przepisów Kodeksu cywilnego o spółce (art. 860 i nast. k.c.). Elementami istotnymi i wystarczającymi zarazem umowy konsorcjum będą oznaczenie celu gospodarczego oraz określenie działań, poprzez które strony zamierzają cel ten osiągnąć. Wynikający z przepisów prawa cywilnego charakter umowy konsorcjum uniemożliwia uznanie jej za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego" (1).
„Konsorcjanci są uprawnieni do wspólnego występowania w obrocie prawnym nie dlatego, że zawarli umowę konsorcjum, ale dlatego, iż w polskim prawie zobowiązań nie ma zakazu, aby w charakterze jednej strony stosunku zobowiązaniowego występowało więcej podmiotów prawa. Tę ogólną zasadę powtarza zresztą art. 23 ust. 1 pzp, nawiązując do kodeksowej instytucji wielości dłużników" (2).

Z przepisu art. 141 ustawy wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego. „Przepis ustawy Pzp (art. 141 Pzp) ustanawiający solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podlega wyłączeniu na mocy umownego postanowienia stron ograniczającego solidarną odpowiedzialność. Podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ex lege z uwagi na sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy (art. 366 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 141 Pzp). Tym samym, forma prawna współpracy zastosowana przez wykonawców nie ma wpływu na odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bez znaczenia jest więc, czy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne łączy nienazwana w Kodeksie cywilnym umowa konsorcjum, czy też kodeksowa umowa spółki cywilnej. Forma prawna współpracy wykonawców może mieć znaczenie wyłącznie dla ich wzajemnych rozliczeń" (opracowanie pt. „Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", Warszawa 2011 r., Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości i Urząd Zamówień Publicznych, str. 61-62).
Z oświadczenia złożonego na rozprawie przez samoistnego prokurenta Firmy Usługowej „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpwiedzialnością w Woli, pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynika, że w umowie konsorcjum, wykonawcy określili, iż czynności związane z przedmiotem zamówienia wykona wykonawca Władysława Bigos - firma „USŁUGI KRATER" Władysława Bigos, natomiast wykonawca Firma Usługowa „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpwiedzialnością, będzie wykonywać usługi transportowe w ramach wzajemnych rozliczeń.
Wobec tego, Władysława Bigos będzie wystawiała rachunki zamawiającemu, a nie faktury VAT, gdyż nie jest czynnym podatnikiem podatku VAT.

Oceniając materiał dowodowy, Izba miała na uwadze, że z przepisów ustawy w przedmiocie

zakresu postępowania odwoławczego, wynika, że z jednej strony zostało wprowadzone ograniczenie przedmiotowe dla odwołującego w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy), a z drugiej strony dla KIO, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy) - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11 (www.uzp.gov.pl orzecznictwo sądów okręgowych). Z wyroku wynika m.in., że w postępowaniu odwoławczym, odwołujący nie może rozszerzyć żądania czy występować z nowym żądaniem ponad określone w odwołaniu, zaś zamawiający nie może zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, po wniesieniu odwołania. Zatem, zamawiający związany jest swoim stanowiskiem w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego, zawartym w zawiadomieniu o dokonanej czynności.

Izba podziela stanowisko zamawiającego w zakresie obciążającego go obowiązku zachowania wymogów formalnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, gdy spełnione są przesłanki wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, co jednoznacznie podkreślono w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (…)". Niewłaściwe wskazanie kwoty VAT, jako czynnika cenotwórczego, przy sformułowaniu postanowień w siwz w rozpoznawanej sprawie, zobowiązujące wykonawców do podania kwoty podatku VAT z uwzględnieniem stawki obowiązującej w dniu składania ofert, nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy i stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty. Wskazanie „0,00" zł w ofercie odwołującego - kwoty podatku VAT, ze względu na status wykonawców, zasadnie budziło wątpliwości zamawiającego. Żądanie wyjaśnień z jakim zwrócił się zamawiający do odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy było zwięzłe. Stosowna do wezwania była odpowiedź (pisma - z dnia 13 marca 2012 r. zamawiającego i z dnia 14 marca 2012 r. odwołującego). W doktrynie i orzecznictwie, w tym Izby, jednoznacznie przyjmuje się, że zamawiający oczekując wyczerpujących wyjaśnień zobowiązany jest wskazać wątpliwe zakresy oferty. W jednym z orzeczeń dotyczących wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10 uznał, że o wezwaniu przesądzają uzasadnione wątpliwości zamawiającego, a pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości, co których zamawiający oczekuje wyjaśnień, a także zakres oczekiwanych wyjaśnień.

9

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z powodu błędnego „(…) obliczenia ceny poprzez błędne określenie stawki VAT. Wykonawca określił kwotę podatku VAT „0" złotych a usługi w zakresie sprzątania pomieszczeń objęte są, zgodnie z przepisami ustawy o podatku VAT stawką podstawową tj. 23%". Zamawiający oceniając sposób obliczenia ceny oferty nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez odwołującego na wezwanie (jak wyżej wskazano czynność wezwania do złożenia wyjaśnień ma na celu wyeliminowanie wszelkich wątpliwości powstałych w toku badania i oceny ofert dotyczących ich treści i w razie potrzeby może być powtarzana). Zamawiający uznał, że z uwagi na status podatkowy pełnomocnika - Firma Usługowa „EKO-JAGR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, cena brutto oferty powinna uwzględniać podatek VAT w stawce podstawowej, tj. 23% (stanowisko potwierdzone na rozprawie). Na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby, zamawiający podniósł, że w przypadku różnego statusu podatkowego wykonawców, oferta złożona przez wykonawców nie jest ofertą wspólną lecz stanowi dwie odrębne oferty cenowe. W ocenie Izby, jest to wskazanie nowej podstawy faktycznej, sugerujacej inną przesłankę odrzucenia oferty. Zamawiający co do zasady, nie zakwestionował podmiotowego zwolnienia podatkowego wykonawcy składającego wspólną ofertę. Za podstawę oceny skutkującej odrzuceniem oferty przyjął status pełnomocnika wykonawców. W orzecznictwie prezentowano poglądy, że złożenie ofert przez wykonawców korzystających z różnych form opodatkowania, nie oznacza, iż ich oferty będą nieporównywalne (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2746/10). Mając na uwadze, że przepisy ustawy nie ograniczają składania wspólnych ofert przez wykonawców niezależnie od przyjętych przez nich form wzajemnych rozliczeń, z zastrzeżeniem jedynie braku możliwości ograniczenia odpowiedzialności solidarnej wobec zamawiającego, co nie było zarzutem stron w sprawie, Izba uznała, że zamawiający oceniając ofertę odwołującego wyłącznie na podstawie statusu podatkowego pełnomocnika wykonawców i nie uwzględniając wyjaśnień złożonych w toku postępowania, naruszył przepisy ustawy wskazane w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy, jak w sentencji.

10

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

oraz § 3 pkt 1 lit. a, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……...

Członkowie: ……...

……...