

WYROK

z dnia 7 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2021 r. odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2021 r. przez Odwołującego - Polva Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pabianicach, ul. Karniszewicka 91, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Starostwo Powiatowe w Pabianicach, ul. Piłsudskiego 2, 95-200 Pabianice

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2.09.2021 r., odrzucenie oferty M. W. (PPHU Budownictwo Ogólne M. W.) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Powiat

Pabianicki na Przebudowę Domu Pomocy Społecznej w Pabianicach ul. Łaska 86 w

kierunku poprawy funkcjonalności obiektu ze szczególnym uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych strefa wejściowa i III piętro (nr ref.: IF.272.11.2021), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 lipca 2021 r., poz. nr 00130027/01 wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (M. W.), wniesione zostało w 7 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Polva Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach (sygn. akt KIO 2652/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M. W. (PPHU Budownictwo Ogólne M. W.) z uwagi na błąd w obliczeniu ceny;

ewentualnie - w przypadku stwierdzenia niezasadności zarzutu z pkt 1

- 2) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania M. W. do złożenia wyjaśnień w zakresie przesłanek zastosowania stawki 23% VAT.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty M. W., ewentualnie wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość obliczenia ceny ofertowej w ofercie wybranej - M.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU Budownictwo Ogólne M. W.. Wskazując na błąd w obliczeniu ceny tej oferty, w której zastosowana została stawka podstawowa 23% VAT, Odwołujący określił jako prawidłową stawkę podatkową 8% VAT. Stawka 8% VAT powinna być zastosowana na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021, poz. 685 ze zm. Dalej jako: ustawa o VAT).

Zgodnie z przepisami ustawy o VAT dla dostawy bądź usług budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji oraz przebudowy obiektów budownictwa mieszkaniowego objętego społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12a ustawy o VAT stosuje się stawkę 8%, co wymaga spełnienia dwóch przesłanek. Zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć usług budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy obiektów budowlanych lub ich części bądź ich dostawy oraz budynki lub ich części, których dotyczą wskazane czynności muszą być zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że w sytuacji, gdy budynek Domu Pomocy Społecznej jest faktycznie sklasyfikowany w całości w PKOB 1130, podstawowym celem, któremu służy budynek jest zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych, a opieka medyczna jest zagwarantowana dodatkowo oraz wykonywane roboty budowlane będą realizowane w ramach przebudowy Domu Pomocy Społecznej, to należy stwierdzić, że spełnione są warunki uprawniające do zastosowania dla wykonywanych w Domu Pomocy Społecznej wskazanych robót budowlanych stawki podatku w wysokości 8% zgodnie z art. 41 ust. 2 i ust. 12 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT. W konsekwencji do przedmiotowego postępowania przetargowego dotyczącego wykonania wskazanych robót budowlanych w Domu Pomocy Społecznej, zgodnie z art. 41 ust. 2 i ust. 12 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy, zastosowanie znajdzie stawka podatku w wysokości 8%.

Tym samym wykonawca M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PPHU Budownictwo Ogólne M. W. wadliwie obliczył cenę ofertową przyjmując do jej ustalenia 23 % VAT, a nie 8 % VAT.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi podstawa do odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10

Ustawy oferty wybranej, gdyż w tym przypadku nie można mówić o cenie zawierającej błąd. Zamawiający przywołał orzecznictwo Izby z lat wcześniejszych, w którym prezentowany był pogląd, że zastosowanie błędnej stawki podatku VAT nie stanowi błędu, który skutkowałby odrzuceniem oferty. Orzeczenia, w których uznawano, że zachodzi błąd w obliczeniu ceny zapadały w stanach faktycznych, gdy przyjęta stawka VAT była niższa od stawki właściwej, co mogło mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Ponieważ w ofercie wybranej przyjęta została wyższa stawka niż w ofercie Odwołującego, należy uznać, iż oferta wybrana byłaby bardziej korzystniejsza względem oferty Odwołującego. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, która na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne.

Odwołujący przedłożył opinię doradcy podatkowego z 6.10.2021 r. sporządzoną na jego wniosek i odnoszącą się ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT dla przedmiotowego zamówienia. We wnioskach wskazano, iż zakres wykonywanych czynności wchodzących w skład usług budowlanych będących przedmiotem zamówienia klasyfikowany jest jako usługi budowy czy przebudowy, o których mowa w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT i będą

wykonywane w bryle budynku. Budynek DPS sklasyfikowany jest do grupy 1130 PKOB, jego

podstawowym celem jest zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych, a opieka medyczna jest zagwarantowana dodatkowo - dlatego zaliczany jest do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12a ustawy o VAT. Powyższe spełnia przesłanki do zastosowania stawki 8% VAT do wyliczenia ceny oferty.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty konkurencyjnej, a żądania odwołania zmierzają do uchylecia tej decyzji, złożone odwołania może realnie zmienić sytuację prawną Wykonawcy i doprowadzić do wyboru jego oferty. W konsekwencji powyższego, odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który miał doznać uszczerbku na skutek decyzji objętej zarzutami, a w konsekwencji również uniknięcie szkody w postaci braku uzyskania korzyści związanych z umową.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne

istotne z punktu widzenia zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa Domu Pomocy Społecznej w Pabianicach. Główny zakres prac stanowią roboty budowlane (CPV 45.00.00.00-7), a dodatkowymi będą roboty rozbiórkowe (CPV 45.11.13.00-1), roboty w zakresie stolarki budowlanej (CPV 45.42.10.00-4), roboty murarskie i murowe (CPV 45.26.25.00-6), tynkowanie (CPV 45.41.00.00-4), roboty malarskie (CPV 45.44.21.00-8), kładzenie wykładzin elastycznych (CPV 45.43.21.11-5), roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych (CPV

45.31.10.00-0), roboty sanitarne (CPV 45.23.24.60-4). Wszystkie prace będą wykonywane w bryle budynku DPS.

Zamawiający nie wskazał w dokumentach postępowania, jaką stawkę podatku VAT należy

przyjąć do obliczenia ceny ofertowej.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty. Trzech wykonawców przyjęło do wyliczenia ceny stawkę podatku 23% VAT (dwie z nich zostały odrzucone z innych przyczyn, niż przyjęta stawka podatkowa), natomiast tylko Odwołujący uwzględnił stawkę 8% VAT. Zamawiający 2.09.2021 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy M. W. .

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W sprawie nie było spornym pomiędzy stronami w jaki sposób należy interpretować przepisy ustawy o VAT, co związane jest z ustaleniem zakresu prac wykonywanych w bryle budynku w odniesieniu do przesłanek wskazanych w art. 41 ust. 12 pkt 1 i 41 ust. 12a ustawy o VAT. Zamawiający nie kwestionował ustalenia przeznaczenia budynku, charakteru prac objętych zamówieniem, jak również praktyki stosowania przepisów podatkowych przez organy podatkowe, co zostało omówione w opinii doradcy podatkowego i zostało przyjęte przez Izbę, jako okoliczności przyznane, nie wymagające omówienia.

Zamawiający nie kwestionował tego, że w odniesieniu do przedmiotu zamówienia należy przyjąć jako poprawną stawkę podatku 8% VAT, koncentrując swoją argumentację na wykazaniu, iż przyjęcie nieprawidłowej stawki podatkowej nie stanowiło o błędzie w obliczeniu ceny, który skutkować powinien odrzuceniem oferty najkorzystniejszej, dla której przyjęto stawkę podstawową 23% VAT.

Tym samym dla niniejszego odwołania zasadniczym stało się odniesienie do kwestii prawnej, jaką jest błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisów Ustawy. Instytucja błędu w obliczeniu ceny wprowadzona na gruncie przepisów Ustawy stanowiła przedmiot licznych orzeczeń i publikacji, co było również spowodowane rozbieżnością w orzecznictwie, w którym odmiennie traktowano zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT. W części orzecznictwo to zostało przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i prezentuje pogląd, w którym błędna stawka nie była postrzegana, jako błąd w obliczeniu ceny. Nie uwzględnia ono licznych orzecznictwa prezentującego pogląd odmienny. Co istotne w tej sprawie stanowisko zajął ostatecznie Sąd Najwyższy w uchwałach z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 przyjmując, iż „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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych, jedn. Tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)”. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z Ustawy, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przywołanych uchwałach Sąd Najwyższy podniósł także, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Ponieważ w sprawie nie było spornym to, że przedmiot zamówienia klasyfikowany jest na gruncie przepisów ustawy o VAT do usługi budowlanej, dla której zastosowanie powinna być stawka 8%, Izba uznała, iż dokonanie wyboru oferty ze stawką nieprawidłową, tj. 23% prowadziło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, która w takiej sytuacji nakazuje odrzucić ofertę, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy). Nakaz odrzucenia takiej oferty nie został obłożony żadnym warunkiem, czy też wyłączeniem jego stosowania, np. w sytuacji, gdy wybór takiej oferty nie prowadziłby do zmiany wyniku postępowania. Tym samym niezależnie, od tego, czy jedyna oferta złożona w postępowaniu zawiera błąd, czy też ustalenia, że pozostawałby nadal najkorzystniejszą, oferta z błędną stawką podatku VAT, traktowana powinna być jako oferta z błędem w obliczeniu ceny. Jedynie w sytuacji, gdy nieprawidłowa stawka podatku VAT może być zakwalifikowana, jako omyłka podlegająca poprawieniu, błąd wykonawcy może być skorygowany. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przywoływanych wcześniej uchwał dokonanie poprawy w treści oferty możliwe jest wyłącznie, gdy zamawiający

przesądził w dokumentacji przetargowej jaka stawka podatku VAT jest właściwa. W uchwale czytamy: „Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.”

W niniejszej sprawie Zamawiający nie określił w specyfikacji stawki podatku VAT, jaką wykonawcy mieliby przyjąć do obliczenia ceny oferty, co pozwalałoby na skorygowanie oświadczenia wykonawcy, jako omyłki. Zamawiający nie podjął się wykazania, aby taka możliwość zachodziła, co prowadziło do uznania, iż doszło do błędu w obliczeniu ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zamawiający próbował przekonywać, iż zastosowanie stawki preferencyjnej nie jest obowiązkowe, a tym samym w każdym przypadku możliwe jest przyjęcie do wyliczenia ceny stawki podstawowej, tj. 23% VAT, co nie prowadziło do naruszenia przepisów podatkowych. Izba nie przychyliła się do tego stanowiska prezentując w tym zakresie przekonanie, iż dla oceny prawnej instytucji regulowanej na gruncie przepisów Ustawy wiodące znaczenie mają zasady określone dla procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Skład orzekający podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane w wyroku z 26.11.2020 r., sygn. akt KIO 2933/20, iż tylko wybór wykonawcy, dokonany w sposób legalny, zgodny z przepisami o zamówieniach publicznych może być uznany za zgodny z przepisami ustawy o finansach publicznych. Izba w licznych orzeczeniach podkreślała obowiązek badania przez zamawiającego poprawności przyjętej do wyliczenia stawki podatkowej. Przykładowo w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. i z dnia 8 lipca 2019 r., zapadłych w sprawach o sygn. akt KIO 1462/17 oraz KIO 1046/20 i 1065/20, zostało to opisane, jako działanie konieczne „W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej”.

Stanowisko odwołującego, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatku VAT, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie, nie zaś obowiązek wykonawcy nie znajduje również potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ustawy o VAT wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT. Obowiązkiem zaś podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

Izba dokonuje oceny czynności w tym postępowaniu uwzględniając okoliczności ustalone w oparciu o przeprowadzone dowody. Ponieważ strony nie były w sporze w zakresie związanym z ustaleniem, iż przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu stawką 8% podatku VAT, jak również nie było podstaw do przyjęcia, iż w ofercie wybranej doszło do innej omyłki podlegającej poprawieniu, Izba uwzględniła zarzuty odwołania i żądania, czemu wyraz dała w sentencji orzeczenia.

pkt 1

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty poniesione przez Odwołującego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:.....