Sygn. akt: KIO 304/15

WYROK
z dnia 2 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2015r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2015 r. przez wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia **odwołującego:** Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. w Krakowie (Lider Konsorcjum) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków; poprzednio Hoven Inwestycje spółka z o.o., ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. w Bielsku Białej (Członek Konsorcjum) ul. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Mszana Dolna reprezentowana przez Wójta Gminy Mszana Dolna Urząd Gminy ul. Spadochroniarzy 6; 34-730 Mszana Dolna

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. w Krakowie (Lider Konsorcjum) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków; poprzednio Hoven Inwestycje spółka z o.o., ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. w Bielsku Białej (Członek Konsorcjum) ul. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł** 00 **gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. w Krakowie (Lider Konsorcjum) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków; poprzednio Hoven Inwestycje spółka z o.o., ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. w Bielsku Białej (Członek Konsorcjum) ul. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. w Krakowie (Lider Konsorcjum) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków; poprzednio Hoven Inwestycje spółka z o.o., ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. w Bielsku Białej (Członek Konsorcjum) ul. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała na rzecz Gmina Mszana Dolna reprezentowana przez Wójta Gminy Mszana Dolna Urząd Gminy ul. Spadochroniarzy 6; 34-730 Mszana Dolna kwotę 3600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w związku z rozstrzygnięciem przez zamawiającego przetargu to jest wyborem najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniem oferty odwołującego.
Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art.7 ust.1 w zw. z art.87 ust.1 oraz art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp i art. 41 ust.1 ustawy o VAT w związku z niewłaściwą interpretacją przepisów i w konsekwencji odrzuceniem oferty odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny i zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy wybranego zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Odwołanie wniesiono w dniu 16 lutego 2015r. wraz z uiszczeniem należnego wpisu w kwocie 20.000,00 złotych.

Odwołujący Konsorcjum firm Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. (lider) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków uprzednio działająca pod nazwą (zmiana nazwy nastąpiła 09.02.2015r.): Hoven Inwestycje Sp. z o.o.ul. Bratysławska 1A; 31-201 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. (członek) Al. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała zwane dalej „odwołującym" powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia. Jego zdaniem został interes naruszony, ponieważ zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, z przywołaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, iż jego oferta winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, gdyż jako jedyna nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Błędy w obliczeniu ceny natomiast zawiera oferta wykonawcy wybranego. W tym stanie rzeczy istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w postaci utraty zamówienia publicznego co stanowi spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Składając odwołanie domagano się: unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. i ponownego dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji dokonanie ponownej czynności wnikliwego i rzetelnego badania ofert, w świetle art.7 ustawy Pzp w nawiązaniu do ustawy o VAT. Na koniec dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej pod względem formalnym — prawnym i merytorycznym.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ofertę za cenę brutto 11. 989. 321,32 złotych, która mieści się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

Sygn. akt KIO 304/15

Odwołujący pismem z dnia 27.01.2015r. otrzymał od zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętej w „Formularzu rzeczowo-finansowym" stawki podatku VAT, w odniesieniu do pozycji oznaczonych: „lp. 9 - wyposażenie istniejących instalacji solarnych w moduły radiowe wraz z systemem odczytu".
Zamawiający po złożeniu przez odwołującego wyjaśnień odrzucił ofertę jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny w zakresie podatku VAT i dokonał wyboru oferty firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.
Powyższe uczynił pismem z dnia 06.02.2015r., w którym na mocy art. 89 ust.1pkt 6 ustawy Pzp. odrzucił ofertę odwołującego.
Z treści uzasadnienia zamawiającego wynika, że przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 1 do SIWZ stanowi typowy przykład świadczenia złożonego, składającego się z kilku pojedynczych świadczeń a w takiej sytuacji stawkę podatku VAT należy przyjąć tak jak dla świadczenia głównego.

Odwołujący podniósł kwestię nierównego traktowania wykonawców w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Odwołującego wezwano do wyjaśnienia pozycji 9 formularza to jest „wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu". Natomiast
firmę Skorut Systemy Solame Sp. z o.o. wezwano do wyjaśnień stawki podatku VAT do pozycji oznaczonej w „formularzu rzeczowo-finansowy" jako „lp. 1 — prace projektowe" oraz pozycji „lp. 10 - serwis i konserwacja". Według odwołującego prawidłowo zamawiający

powinien wezwać obu wykonawców do złożenia wyjaśnień we wszystkich spornych kwestiach, aby wyjaśnić wątpliwości i różnice w obu ofertach. Zamawiający zgodnie z przytoczonymi przepisami Pzp powinien wezwać do wyjaśnień zastosowanej stawki podatku VAT do każdego punktu w „formularzu rzeczowo-finansowy" w którym wykonawcy zastosowali różną stawkę podatku VAT, aby oferty mogły stać sie porównywalne w ocenie.

Odwołujący uważa, że zamawiający powinien był wezwać każdego z wykonawców z osobna o złożenie wyjaśnień, co do zastosowanej w ofercie stawki podatku VAT do następujących pozycji formularza rzeczowo-finansowego:
lp. 1 - Prace projektowe (dokumentacja techniczna);
lp. 2 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solama Typ A - schemat 1
lp. 3 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solama Typ A - schemat 2
lp. 4 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solama Typ B - schemat 1
lp. 5 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solama Typ B - schemat 2
lp. 9 - Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu

---

lp. 10 - Serwis i konserwacja
Odwołujący uważa, że to on a nie firma Skorut Systemy Solarne zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a co za tym idzie poprawnie wyliczył cenę brutto oferty.
Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych. Nie ma legalnej definicji tego pojęcia, nie ma więc określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć granice pomiędzy przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitych zasad. Dlatego też należy zachować wyjątkową ostrożność w klasyfikowaniu przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. Każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia). Zwrócić należy bowiem uwagę na konieczność przeanalizowania podłoża ekonomicznego dokonywanych czynności, przed przystąpieniem do oceny i analizy sposobu ich opodatkowania (z uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie sygn. akt mSA/Wa 2247/09).
Odwołujący wnosi, iż z błędem w obliczeniu ceny możemy mieć do czynienia np. w odniesieniu do robót budowlanych o charakterze kompleksowym, gdzie zastosowano w ofertach dwie stawki VAT: 23 % i 8 %, zamiast jednolitej stawki 23 %. W takiej sytuacji należy zawsze rozstrzygnąć, czy dana robota ma charakter kompleksowy, czy też dotyczy szeregu odrębnych usług. Polskie przepisy podatkowe nie zawierają szczegółowych dyspozycji odnoszących się do świadczeń złożonych. Materia ta wymaga zatem za każdym razem indywidualnego podejścia, uwzględniającego całokształt istotnych elementów w danym zamówieniu oraz rozpatrywania związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości, tj. jednego świadczenia.
W tym miejscu nie możemy się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, iż przedmiot zamówienia stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, a w szczególności odwołujący nie może się zgodzić, iż w skład usługi kompleksowej wchodzą prace wyszczególnione w pozycjach formularza rzeczowo-finansowego:
lp. 1 - prace projektowe (dokumentacja techniczna).
lp. 9 - Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu
lp. 10 - Serwis i konserwacja

Zamawiający błędnie i niesłusznie uznał, iż dla tych pozycji należało policzyć stawkę podatku VAT w wysokości 8%, a w konsekwencji niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga również fakt, iż zamawiający dokonując odrzucenia oferty winien podać uzasadnienie formalno- prawne, z którego powinno wynikać uzasadnienie i podstawa prawna dlaczego w powyższych pozycjach zastosowanie ma właśnie preferencyjna stawka podatku VAT. Zamawiający nie jest organem uprawnionym do interpretacji podatkowej, natomiast ma ustawowy obowiązek dokonania analizy, wyjaśnień i doprowadzenia do sytuacji, aby oferty można było porównać, a co za tym idzie ocenić w myśl art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek przeanalizować wszelkie wyjaśnienia Wykonawców, również w świetle ustawy o VAT.
Należy nadmienić, iż w przypadku pozycji lp. 1 - prace projektowe (dokumentacja techniczna) Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.02.2015r. przyjął stanowisko, iż "Zgodnie z założeniami PFU oraz projektu umowy stanowiących integralną część SIWZ obowiązkiem Wykonawcy w zakresie pkt. 1 załącznika cenowego jest wyłączne dostosowanie schematów określonych przez zamawiającego do wymogów konkretnego budynku mieszkalnego. Tym samym tego rodzaju świadczenie ma sens wyłącznie ze świadczeniem głównym jakim jest montaż kolektorów. Owo dostosowanie polegać ma na zastosowaniu konkretnej technologii stosowanej przez konkretnego Wykonawcę, zależy od oferowanego zamówieniu kolektora oraz preferowanej przez Wykonawcę technologii wykonywania usług. Tym samym sam wynik prac projektowych jest bezwartościowy jeśli nie wiąże się z pracami montażowymi konkretnych urządzeń w sposób przyjęty przez danego Wykonawcę a nadto w sposób zgodny ze schematami opracowanymi przez Zamawiającego. Z takim stanowiskiem odwołujący nie zgadza się, ponieważ sam zamawiający opisał dokładnie zakres prac objętych w ramach prac projektowych zarówno w załączniku nr 8 do SIWZ - wzór umowy, jak i w załączniku nr 9 do SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy. Odwołujący przywołał szereg zapisów ze wzoru umowy odnoszących się do zakresu prac projektowych.
Z powyższych zapisów wynika, że zakres prac projektowych jest bardzo szeroki i nie polega wyłącznie na dostosowaniem schematów określonych przez Zamawiającego do wymogów konkretnego budynku mieszkalnego. Nie można się też zgodzić z Zamawiającym, iż dostosowanie wykonywanych projektów polega na zastosowaniu konkretnej technologii stosowanej przez konkretnego Wykonawcę. Przecież projekt ma na zadanie tak naprawdę zaproponowanie temu kto będzie wykonywał daną instalację sposobu wykonania, jak i wskazuje przykładowe materiały które Wykonawca może zastosować. Zawsze Wykonawca, który otrzymuje taki projekt może zastosować materiały równoważne w myśl art.30 ustawy Pzp. oraz może robić odstępstwa jeśli okaże się że te odstępstwa poprawią funkcjonalność instalacji. W takich sytuacjach zmiany te zaznacza się w projekcie powykonawczym.

Ponadto Zamawiający wymagał według zapisów w dokumentacji przetargowej, na stronie 19 „Programu Funkcjonalno-Użytkowego”, iż "przed rozpoczęciem realizacji zadania niezbędne będzie uzyskanie akceptacji od Zamawiającego rozwiązań projektowych zawartych w projekcie wykonawczym," Oznacza to w praktyce, iż należy wykonać projekty na tyle wcześnie, aby przekazać je zamawiającemu do akceptacji. Tak więc prace projektowe wykonuje się przed montażem instalacji a nie w trakcie montażu. Analogicznie zamawiający w 2013r. i 2014r. prowadził podobną inwestycje polegającą na montażu instalacji solarnej na 2 .152 budynkach mieszkalnych, w którym to przeprowadził osobno postępowanie przetargowe na wykonanie dokumentacji projektowej (Zaprojektowanie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw domowych w ramach realizacji projektu: Odnawialne Źródła Energii w Mszanie Dolnej i gminach partnerskich, nr ogłoszenia 272124 - 2011, data zamieszczenia: 04.09.2011), i osobno postępowanie przetargowe na montaż wcześniej zaprojektowanych instalacji (Wykonanie robót budowlanych polegających na dostawie i montażu 2 152 instalacji solamych dla budynków mieszkalnych na terenie Gminy Mszana Dolna oraz gmin partnerskich, oraz 6 instalacji w budynkach użyteczności publicznej, nr zamówienia: SOL 1/2012)
Reasumując; powyżej wykazano, że wymagana przez Zamawiającego dokumentacja projektowa ma bardzo szeroki zakres i jest ona wykonywana przed montażem. Może być także wykonywana przez inny podmiot niezależny od podmiotu realizującego montaż

instalacji. Należy pamiętać również w tym przypadku, że w robotach budowlanych występuje bardzo często forma podwykonawstwa, którą w dużej mierze mimo nowelizacji ustawy Pzp określa Kodeks cywilny. Sam ten fakt już dowodzi istnienia możliwości wykonania zlecenia przez kilka podmiotów. Zamawiający w SIWZ nie zastrzegł w żadnym miejscu niemożliwości skorzystania z podwykonawców.
Za niedopuszczalnością opodatkowania prac oznaczonych w formularzu rzeczowo-finansowym w pozycji „lp.- 9 Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu" jako świadczeń pomocniczych względem montażu instalacji solarnych przemawia przede wszystkim to, że prace takie dotyczą instalacji już funkcjonujących. Dodatkowe wyposażenie instalacji solarnych w moduły radiowe nie jest zatem warunkiem ich prawidłowego funkcjonowania jako całości. Ponadto świadczenie to, podobnie jak prace projektowe, mogłoby bez żadnego uszczerbku dla całego projektu zostać wykonane przez inny podmiot. Natomiast w kwestii pozycji lp. 10 - serwis i konserwacja formularza rzeczowo-finansowego Zgodnie z SIWZ Wykonawca zobowiązany będzie także do wymiany płynu glikolowego po upływie określonego terminu funkcjonowania instalacji. Wymiana płynu nie będzie zatem konsekwencją dostarczenia wadliwego towaru (płynu), ale będzie realizacją z góry ustalonych warunków zamówienia. Świadczy to o tym, że usługi takie nie są ściśle związane z usługą główną (montażu instalacji) i powinny być opodatkowane jako

---

świadczenie niezależne, zwłaszcza że dla tych świadczeń przewidziano odrębne wynagrodzenie. Wykonanie tych czynności mogłoby zostać powierzone innemu podmiotowi bez uszczerbku dla montażu instalacji solarnych. Dla celów VAT jest to zatem inna, niezależna usługa, której opodatkowanie nie będzie uzależnione od zasad opodatkowania usługi montażowej. Informacje wynikające z dokumentów przetargowych uprawniają wniosek, że wymiana płynu glikolowego stanowi usługę konserwacji, o której mowa w § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1719; dalej: „rozporządzenie")- Zgodnie z tym przepisem „Przez roboty konserwacyjne, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, rozumie się roboty mające na celu utrzymanie sprawności techniczne elementów budynku lub jego części inne niż remont". Zauważyć należy, że zastosowanie obniżonej 8% stawki VAT na takie usługi uzależnione jest jednak od wartości towarów wykorzystanych do świadczenia usług konserwacyjnych (por. § 3 ust. 3 ww. rozporządzenia).
Jeżeli zatem wartość płynu glikolowego bez podatku wchodzącego w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy to należy zastosować podstawową 23% stawkę VAT. W przypadku Odwołującego koszt płynu glikolowego w piątym roku gwarancji wyniesie ponad 200 zł dla każdej instalacji a co za tym idzie jest to kwota większa niż 50% ceny za serwis i konserwacje jaką odwołujący oferuje.
Odwołujący w załączeniu do niniejszego odwołania na potwierdzenie słuszności swoich twierdzeń przedstawia niezależne MEMORANDUM firmy F. B. Kancelaria Prawna i Podatkowa w zakresie przedmiotowej sprawy pod nazwą: „ Wysokość stawki VAT na niektóre roboty budowlane związane z montażem instalacji solarnych, z dnia 12 lutego 2015 roku, w szczególności dotyczące następujących pozycji:
lp. 1 - prace projektowe (dokumentacja techniczna).
lp. 9 — Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu
lp. 10 - Serwis i konserwacja w formularzu rzeczowo-finansowym.
Zamawiający właśnie w niniejszym zakresie uznał, że odwołujący zastosował błędną stawkę podatku VAT i odrzucił ofertę Konsorcjum na mocy art.89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże żadnych ujemnych konsekwencji z zastosowaniem podstawowej stawki VAT. Negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej. Taka sama reguła obowiązuje również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego zastosowanie przez wykonawcę podstawowej stawki VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Uznać należy, że zawsze, gdy istnieją wątpliwości w kwestii czy dane zamówienie ma charakter kompleksowy, albo też

wykonawca nie jest pewny poprawności stosowania rozbieżnych stawek VAT na poszczególne części zamówienia, najbezpieczniej jest objąć je w całości podstawową stawką VAT. Regułą prawa podatkowego jest bowiem uprawnienie, a nie obowiązek stosowania preferencyjnych stawek podatkowych. Podatnik zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatkową bez negatywnych konsekwencji, zwłaszcza wobec wątpliwości co do poprawności przyjętej stawki. Odwołujący podkreśla, że ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być oceniane z zastosowaniem tych samych reguł. Tymczasem Zamawiający w sposób odmienny ocenił ofertę Odwołującego i tę, która została wybrana w przetargu. Zgodnie z art. 41 ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Natomiast pozostałe stawki VAT, w tym 8%, można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej.
Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania powinna być stosowana ta stawka. Teza ta znajduje również zastosowanie w obszarze zamówień publicznych, „Jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjna lub zwolnienie od VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem” — czytamy w wyroku KIO z 10 kwietnia 2013 r. o Sygn. akt KIO 735/13.
Zarówno zamawiający, ani wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą nigdzie nie udowodnili, ani nie dowiedli możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, a co za tym idzie zamawiający nie miał prawa odrzucać oferty odwołującego, który zastosował obowiązującą w naszym kraju stawkę podatku VAT. Do korzystania z przywileju, a w tym przypadku ze stawki podatku VAT - 8% należy mieć prawo i należy umieć je uzasadnić, a jak wielokrotnie już podnoszono w niniejszym piśmie, nie zrobiła tego żadna ze stron sporu.
Należy zważyć, iż oferta konsorcjum firm Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. (lider) oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. zawiera odpowiednią stawkę podatku tj. 23 % w następujących pozycjach formularza rzeczowo-finansowego:
lp. 1 - prace projektowe (dokumentacja techniczna).
lp. 9 - Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu
lp. 10 - Serwis i konserwacja Na możliwość zastosowania stawki 8% w powyższych pozycjach nie wskazują także postanowienia SIWZ, zarówno co do sposobu obliczenia ceny oferty, jak i opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający kwestię stawki podatku VAT pozostawił do decyzji Wykonawców. Odwołujący, zgodnie z resztą z obowiązującym w tym zakresie wykładnią KIO miał prawo przyjąć stawkę podstawową VAT do obliczenia ceny dla powyższych pozycji formularza rzeczowo-finansowego. 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 ustawy Pzp. Wyższa stawka VAT w ofercie nie naruszy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Niewątpliwie uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych Wykonawców. Rezultatem takiego działania jest przecież uzyskanie przez takiego Wykonawcę wyższej (mniej korzystnej) oceny własnej oferty w obligatoryjnym kryterium ceny, co nie ma znaczenia dla oceny pozostałych ofert, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców konkurujących o dane zamówienie publiczne (podobnie: wyrok KIO z 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2138/11). Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo to jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art 89

ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę z błędem w obliczeniu ceny.
Szczegółowo stanowisko odwołującego w kwestii zastosowanej stawki podatku VAT w niniejszym postępowaniu przetargowym prezentuje MEMORANDUM firmy F. B. Kancelaria Prawna i Podatkowa w temacie „Wysokość stawki VAT na niektóre roboty budowlane związane z montażem instalacji solarnych" z dnia 22 stycznia 2015 roku, które załączono do odwołania.
Mając na uwadze podstawy prawne zastosowania obniżonej stawki VAT należy przyjąć, że wykonanie robót budowlano-montażowych, wskazanych w pkt 2-7 formularza rzeczowo-finansowego, może podlegać opodatkowaniu obniżoną 8% stawką VAT. Tytułem uzupełnienia należy dodać, że w przypadku robót dotyczących obiektów o powierzchni przekraczającej limity określone w art. 42 ust. 12b ustawy o VAT (budynki o powierzchni powyżej 300 m) obniżoną stawkę podatku stosuje się tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej. W pozostałym zakresie należy zastosować podstawową - 23% stawkę VAT. W niniejszym postępowaniu przetargowym Zamawiający w „załączniku nr 1 - Lista obiektów (wraz z ich adresami) wchodzących w zakres inwestycji" wyszczególnił powierzchnie każdego z budynków wchodzącego w zakres zamówienia według którego:
w Gminie Dobra znajduje się jeden budynek o powierzchni większej niż 300 m2:

Typ A o powierzchni 350 m2, w Gminie Niedźwiedź znajduje się cztery budynki o powierzchni większej niż 300 m : Typ B o powierzchni 330 m Typ B o powierzchni 344,3 m2 Typ B o powierzchni 350 m2 Typ B o powierzchni 350 m2 w Gminie Raba Wyżna:
w Gminie Raba Wyżna znajdują się dwa budynki o powierzchni większej niż 300 m2 Typ B o powierzchni 319 m2 Typ C o powierzchni 307 m2
w Mieście Mszana Dolna znajdują się dwa budynki o powierzchni większej niż 300 m2 Typ A o powierzchni 400 m2 Typ B o powierzchni 350 m
Natomiast w odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 09.12.2014r. odpowiedź 29 Zamawiający potwierdził, iż ilość instalacji powyżej 300 m2 dla całego przedmiotu Zamówienia wynosi tylko 8:
• Gmina Dobra: 1 obiekt o powierzchni 350 m
• Gmina Niedźwiedź: 3 obiekty o powierzchni odpowiednio 330/344,5/350 m2
• Gmina Raba Wyżna: 2 obiekty o powierzchni odpowiednio 319/307 m2
• Miasto Mszana Dolna: 2 obiekty o powierzchni odpowiednio 400/350 m2
Jak widać z powyższej odpowiedzi Zamawiający w trakcie postępowania przetargowego zrezygnował z jednego obiektu powyżej 300 m2, a mianowicie z jednego obiektu typu B o powierzchni 350 m2 w Gminie Niedźwiedź.
Obniżona stawka podatku nie będzie mogła znaleźć zastosowania również do prac wykonywanych poza bryłą budynku. Stanowisko takie zostało potwierdzone w uchwale Naczelnego Sadu Administracyjnego z 3 czerwca 2013r., sygn. I FPS 7/12. Ponieważ część prac objętych zamówieniem będzie wykonywana poza bryłą budynku (obiektu budownictwa społecznego) to z tego powodu niezbędne jest opodatkowanie tych prac 23% stawką VAT. Zakres tych prac został wskazany w wyjaśnieniach Zamawiającego - odpowiedź 22 z 19.12.2014r. oraz w załączniku nr 9 do SIWZ Program Funkcjonalno -Użytkowy w pkt. 5.10 na stronie 36. Według Zamawiającego instalacji kolektorów słonecznych na stelażach, montowanych na gruncie (poza budynkiem) jest około 1%. Co oznacza, że instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest:
• dla instalacja solarnej Typ A — schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 276 obiektów czyli 3 obiekty
• dla instalacja solarnej Typ A — schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 184 obiektów czyli 2 obiekty
• dla instalacja solarnej Typ B — schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 300 obiektów czyli 3 obiekty
• dla instalacja solarnej Typ B - schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 199 obiektów czyli 2 obiekty
♦ dla instalacja solarnej Typ C - schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne

będą montowane na gruncie jest 1% z 37 obiektów czyli 0 obiektów

• dla instalacja solarnej Typ C - schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 24 obiektów czyli 0 obiektów
W związku z powyższym Wykonawcy powinni w swojej ofercie przewidzieć, iż dla tych obiektów (wyszczególnionych powyżej) należy zastosować podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23%
Wykonawca Firma Skorut Systemy Solame Sp. z o.o. w swojej ofercie zastosowała preferencyjną stawkę podatku VAT (tj. 8%) dla wszystkich instalacji w których kolektory słoneczne będą posadowione na gruncie co jest jak wykazano powyżej niezgodne z uchwałą Naczelnego Sadu Administracyjnego z 3 czerwca 2013r., sygn. IFPS 7/12. Sytuacja ta wynika wprost z analizy formularza rzeczowo-finansowego firmy Skorut Systemy Solame Sp. z o.o. W pozycjach lp. 3 — Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solarna Typ A - schemat 2 oraz w pozycji lp. 5 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solarna Typ B - schemat 2 firma Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. zastosowała wyłącznie stawkę podatku VAT w wysokości 8% co oznacza, że została zastosowana stawka podatku VAT 8% do dwóch instalacji solarnych Typ A - schemat 2 oraz do dwóch instalacji Typ B - schemat 2 w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie.
Natomiast w pozycji lp. 2 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solarna Typ A - schemat 1 firma Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. obliczyła podatek VAT w następujący sposób:
Firma Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. przyjęła do obliczeń wartości podatku VAT w pozycji „lp. 2 - Wykonanie robót budowlano montażowych: instalacja solarna Typ A - schemat 1 ” dwie instalacje Typu A o powierzchni większej niż 300 m. Dla każdej z nich z osobna zostało obliczone (według zasad podatkowych) stawka podatku VAT według następującego wzoru (wzór 1):
VAT - Wartość podatku VAT [zł]
w Gminie Raba Wyżna:
w Gminie Raba Wyżna znajdują się dwa budynki o powierzchni większej niż 300 m2
Typ B o powierzchni 319 m2 Typ C o powierzchni 307 m2
w Mieście Mszana Dolna znajdują się dwa budynki o powierzchni większej niż 300 m2
Typ A o powierzchni 400 m2
Typ B o powierzchni 350 m
Natomiast w odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 09.12.2014r. odpowiedź 29 Zamawiający potwierdził, iż ilość instalacji powyżej 300 m2 dla całego przedmiotu Zamówienia
wynosi tylko 8:
• Gmina Dobra: 1 obiekt o powierzchni 350 m
• Gmina Niedźwiedź: 3 obiekty o powierzchni odpowiednio 330/344,5/350 m2

• Gmina Raba Wyżna: 2 obiekty o powierzchni odpowiednio 319/307 m2
• Miasto Mszana Dolna: 2 obiekty o powierzchni odpowiednio 400/350 m2
Jak widać z powyższej odpowiedzi Zamawiający w trakcie postępowania przetargowego zrezygnował z jednego obiektu powyżej 300 m2, a mianowicie z jednego obiektu typu B o powierzchni 350 m2 w Gminie Niedźwiedź.
Obniżona stawka podatku nie będzie mogła znaleźć zastosowania również do prac wykonywanych poza bryłą budynku. Stanowisko takie zostało potwierdzone w uchwale Naczelnego Sadu Administracyjnego z 3 czerwca 2013r., sygn. I FPS 7/12. Ponieważ część prac objętych zamówieniem będzie wykonywana poza bryłą budynku (obiektu budownictwa społecznego) to z tego powodu niezbędne jest opodatkowanie tych prac 23% stawką VAT. Zakres tych prac został wskazany w wyjaśnieniach Zamawiającego - odpowiedź 22 z 19.12.2014r. oraz w załączniku nr 9 do SIWZ Program Funkcjonalno-Użytkowy w pkt. 5.10 na stronie 36. Według Zamawiającego instalacji kolektorów słonecznych na stelażach, montowanych na gruncie (poza budynkiem) jest około 1%. Co oznacza, że instalacji w

których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest:
• dla instalacja solamej Typ A — schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 276 obiektów czyli 3 obiekty
• dla instalacja solamej Typ A — schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 184 obiektów czyli 2 obiekty
• dla instalacja solamej Typ B — schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 300 obiektów czyli 3 obiekty
• dla instalacja solamej Typ B - schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 199 obiektów czyli 2 obiekty
♦ dla instalacja solamej Typ C - schemat 1 instalacji w których kolektory słoneczne będą
montowane na gruncie jest 1% z 37 obiektów czyli 0 obiektów
• dla instalacja solamej Typ C - schemat 2 instalacji w których kolektory słoneczne będą montowane na gruncie jest 1% z 24 obiektów czyli 0 obiektów
W związku z powyższym Wykonawcy powinni w swojej ofercie przewidzieć iż dla tych obiektów (wyszczególnionych powyżej) należy zastosować podstawową stawkę podatku VAT w wysokości 23%
Wykonawca Firma Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. w swojej ofercie zastosowała preferencyjną stawkę podatku VAT (tj. 8%) dla wszystkich instalacji w których kolektory słoneczne będą posadowione na gruncie co jest jak wykazano powyżej niezgodne z uchwałą Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3 czerwca 2013r., sygn.. IFPS 7/12. Sytuacja ta wynika wprost z analizy formularza rzeczowo-finansowego firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o.

Z przedstawionych wyliczeń wynika wprost, że Wykonawca firma Skorut Systemy Solame Sp. z o.o. zastosowała błędną stawkę podatku VAT dla instalacji w których kolektory będą posadowione na gruncie czyli poza bryłą budynku. Podkreślenia wymaga, po raz kolejny fakt, iż zamawiający miał obowiązek przeprowadzić stosowne wyjaśnienia w świetle, chociażby przyjętych i przytoczonych przez nas uchwał Sądów i wyroków KIO. Zamawiającego obliguje do tego chociażby art. 7 i art. 87 ustawy Pzp. Wnikliwa analiza winna doprowadzić do odrzucenia oferty firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odnosimy, jako odwołujący nieodparte wrażenie, że zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty firmy Skorut za wszelką cenę. Świadczy o tym między innymi: pierwotna decyzja z dnia 16.01.2015r. o wyborze niniejszego wykonawcy, którą zamawiający uchylił w wyniku naszej pisemnej interwencji. Już wówczas wykazaliśmy uchybienia w dokonanej pospiesznie ocenie oferty. Jednakże przy drugiej ocenie ofert zamawiający z niewiadomych nam przyczyn pominął wezwanie o wyjaśnienie treści oferty w opisanych powyżej punktach, punktach gdzie zastosowano błędną stawkę podatku VAT, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty z naruszeniem ustawy Pzp i odrzucenia oferty odwołującego.
Zgodnie z utrwaloną już linią orzecznictwa, zamawiający zobowiązani są do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do Wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty. Porównaj postępowania (por. wyrok KIO z 25 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2220/10, opubl. LEX, wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1027/12, opubl. LEX). Należy również pamiętać, że zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ustawy Pzp jest istotne również z perspektywy Zamawiającego, jak bowiem słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 30 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2505/11, opubl. LEX): przepis art. 87 ust. 1 P.z.p nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie Zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty ”.
W cytowanym wyżej wyroku KIO podkreśliła ponadto, że zaniechanie przez Zamawiającego trybu wyjaśniania wątpliwości, odnoszących się do treści złożonej oferty, winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania, a co za tym idzie Zamawiający, u którego zrodziły

się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Zamawiający w zakresie przedmiotowego postępowania zatem nie tylko zaniechał czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty, ale dokonał wyboru oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, jak już wielokrotnie to powyżej wykazano i

udowodniono. O zasadności wzywania wykonawców do składania wyjaśnień, czy też poprawiania w ofercie omyłek świadczy również i to, że trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ (por. wyrok KIO z 2 września 2011 r., sygn. akt KIO 1818/11, opubl. LEX).
W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje w ocenie odwołującego na uwzględnienie.
Pismem z dnia 25.02.2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania; zasądzenie kosztów postępowania - w tym zakresie przedkładając fakturę wystawioną na Urząd Gminy Mszana Dolna tytułem zastępstwa procesowego w postępowaniu oraz wnosząc o przesłuchanie w charakterze świadka Pana A. S. - na okoliczność: braku możliwości wydzielenia jako odrębnej usługi tzw. prac projektowych, różnic między zakresem obecnego postępowania a postępowaniem poprzednim, gdzie prace projektowe wydzielono do odrębnego zamówienia oraz cen rynkowych glikolu i jego wymiany.
W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawiono w szczególności argumentację jak poniżej.
Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu firmy Skorut spółka z o.o., która jest o kwotę 2 408 130 (dwa miliony czterysta osiem tysięcy sto trzydzieści, 00/100) zł tańsza niż oferta złożona przez odwołującego.
Z uwagi na szacunkową wartość postępowania przedmiotem odwołania nie mogą być zarzuty dotyczące wyboru oferty firmy Skorut spółka z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu leczy jedynie dotyczące odrzucenia oferty odwołującego się - z uwagi na treść art. 180 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnosząc się do szczegółowych zarzutów odwołującego się podnieść należy, iż zamawiający w świetle zapisów SIWZ miał obowiązek sprawdzić czy stawka VAT, którą każdy z obydwu wykonawców wskazał w ofercie została podana w prawidłowej wysokości - z uwagi na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r, III CZP 52/11.
Niespornym w sprawie jest, iż odwołujący i wybrana firma złożyły oferty zawierający różne stawki VAT w zakresie 3 pozycji formularza stanowiącego załącznik do oferty.
Z uwagi na fakt, iż przedmiotem sporu między zamawiającym a wykonawcą jest stawka podatku VAT, określona w art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług konieczne jest zacytowanie go stanowi on między innymi, że:
12. Stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się:
1)budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m^2;
Z brzmienia wyżej wymienionego przepisu wynika jednoznacznie, iż wykonawca ma obowiązek zastosowania obniżonej stawki VAT w przypadkach określonych w ustawie. Przesądza o tym w szczególności zastosowanie wyrażenia „stosuje się". Gdyby wolą ustawodawcy było przyjęcie w tym zakresie swobody konkretnego wykonawcy co do możliwości zastosowania stawki podstawowej i obniżonej to wówczas posłużyłby się on wyrażenie „można zastosować" bądź „podatnik może zastosować". Potwierdza to także treść interpretacji indywidualnej Ministra Finansów - Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 5

lutego 2009 r - IBPP2/443-1052/08/RSz - w załączeniu.
Powstaje zatem kwestia jak kwalifikować poszczególne elementy które stały się podstawą odrzucenia oferty konsorcjum firm wnoszących odwołanie.
W zakresie tzw. usług projektowych powstaje kwestia czy stanowią one element tzw. „usługi kompleksowej" w rozumieniu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. W doktrynie podkreśla się dla przyjęcia kompleksowości świadczeń, że poszczególne świadczenia powinny stworzyć gospodarczą całość w sposób uniemożliwiający ich rozdzielenie. Tę cechę „nierozłączności" należy ustalać z punktu widzenia nabywcy usługi - czyli oceniając znaczenie wykonania usługi na jego rzecz. Taki sposób kwalifikacji danej czynności uznaje się za miarodajny i obiektywny. Niemniej jednak to usługodawca odpowiada za prawidłowe wykazanie usługi na fakturze i zastosowanie właściwej stawki VAT. Usługę kompleksową powinien cechować związek czasowy między poszczególnymi jej elementami, aby stanowiły one całość. Chodzi o relację między głównym, podstawowym elementem usługi a czynnościami dodatkowymi. Elementy te powinny pozostawać w nierozerwalnym związku. Ich rozdzielanie miałoby sztuczny charakter (por. wyrok ETS z 27 października 2005 r., C-41/04, Levob Verzekkeringen BV). W usłudze kompleksowej należy dostrzegać jeden przedmiot świadczenia (zaspokojenie określonej potrzeby usługobiorcy), którego kluczowy charakter przesądzi o pomocniczym, drugorzędnym charakterze pozostałych działań oraz o tym, że są one potrzebne tylko ze względu na wytworzenie takiej gospodarczej całości. Oczywiście, w zależności od charakteru usługi, relacje takie mogą nawet uzasadnić wniosek o równorzędnej roli poszczególnych świadczeń. Niemniej powinny one stanowić całość, którą można oceniać z punktu widzenia potrzeb nabywcy. W tym właśnie kryje się istota zagadnienia usługi kompleksowej. Nie ma bowiem podstaw do apriorycznego rozdzielania usług ani też oderwanego od realnej potrzeby nabywcy (tzn. w przypadku dotyczącym właśnie jego) bezpodstawnego i sztucznego ich łączenia.

Ponieważ w przepisach ustawy o VAT oraz w prawie unijnym nie ma kryteriów oceny relacji poszczególnych elementów usługi kompleksowej, próbuje się je uogólnić w praktyce administracyjnej i orzecznictwie. Punktem odniesienia może być, jak się wydaje, tylko ustalenie stopnia samodzielności poszczególnych świadczeń, prowadzącej do realnego rozerwania. W orzeczeniach TSUE (z 25 lutego 1999 r., C-349/96, Card Protection Plan Ltd. i z 2 grudnia 2010 r., C-276/09, Everything Everywhere) wskazywano, że relację usługi pomocniczej do zasadniczej należy oceniać z punktu widzenia przeciętnego konsumenta, tzn. czy nie jest ona celem samym w sobie, ale środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Jednak należy też dopuścić sytuację, gdy nabywana usługa może służyć do zaspokojenia zindywidualizowanych potrzeb, odbiegając od porównywalnej oferty podobnych usług na rynku.
W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, iż ocena czy dane świadczenia tworzą usługę kompleksową w zakresie prac dotyczących budownictwa stanowi kwestię techniczną, nie zaś podatkową. Mając kwestię tą na względzie Zamawiający dwukrotnie dokonał - poprzez biegłych powołanych w postępowaniu - oceny czy etap prac nazwany „pracami projektowymi" stanowi czy też nie stanowi element usługi kompleksowej.
Dowód: opinia biegłego W. S. - w aktach sprawy Opinia biegłych J. S. oraz S. P.
W odwołaniu wskazano w tym zakresie „memorandum" podatkowe sporządzone przez Kancelarię F., B. . Należy jednak wskazać, iż kompletnie pomija ona kwestie techniczne. W istocie opiniujący jako aksjomat przyjmują, że usługi projektowe może wykonać inny podmiot oraz że wynik tychże prac projektowych ma charakter autonomiczny, niezależny od prac montażowych.
Powstaje jednak pytanie - na jakiej podstawie tak sądzą? Wszak tego rodzaju stwierdzenie niewątpliwie wymaga wiedzy nie podatkowej a z zakresu budownictwa (projektowania, czy wykonawstwa). To nie kwestia podatkowa stanowi problem - tu sprawa jest bowiem jasna. Jeśli uznajemy, iż mamy do czynienia z usługą kompleksową to stawka podatkowa wynika wprost z przepisów prawa i wynosi 8 i 23% w zależności od tego z jakiego rodzaju powierzchnią budynku będziemy mieć do czynienia.
Zamawiający - obserwując inne postępowania dotyczące tego rodzaju zakresu - miał świadomość, iż kwestia ta może stanowić przedmiot kontrowersji w ramach postępowania.

Stąd dwukrotnie sięgnął w tej mierze po opinię biegłego powołując w tej mierze odpowiednie osoby jako biegłych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Obie te opinie mają charakter kategoryczny i stwierdzają, że prace projektowe stanowią fragment usługi kompleksowej.
Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż jest to stanowisko odmienne do spotykanego w orzecznictwie oraz stanowiskach Ministra Finansów prezentowanego w ramach wydawania interpretacji indywidualnych. Jednakże dokładna analiza tych wyroków i stanowisk jasno

wskazuje, iż na ich gruncie i na gruncie niniejszego postępowania mamy do czynienia z różnymi stanami faktycznymi. Chodzi przede wszystkim o zakres prac projektowych. W niniejszym postępowaniu wykonawca otrzymuje do zamawiającego gotowe schematy, które ma jedynie zastosować przy konkretnym budynku używając oferowanej technologii i rozwiązań indywidualnych. Natomiast w sytuacjach opisywanych wyrokami i interpretacjami obowiązkiem wykonawcy było sporządzenie całej dokumentacji projektowej. Natomiast wyliczenie, co składa się na wykonaną usługę ma istotne znaczenie informacyjne przy ustalaniu ceny, jednak nie może uzasadniać odrębnego kwalifikowania poszczególnych elementów zawartych w tym wyliczeniu (dla celów podatkowych - tak w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, IBPP2/443-912/08/BW).
Zamawiający wskazuje także na orzeczenie KIO z 28 kwietnia 2014 r, KIO 746/14 oraz orzeczenie KIO z 4 czerwca 2014 r, KIO 998/14
Wyposażenie istniejących (....) moduły radiowe wraz z systemem odczytu.
Odwołujący się w tym zakresie powołuje się na fakt, iż usługa ta nie wchodzi w zakres usługi kompleksowej, zatem powinna być opodatkowana stawką podstawową. Ponadto usługa ta bez problemu może być realizowana przez inny podmiot.
W ocenie zamawiającego argumentacja odwołującego się pomija istotę problemu. Rzecz bowiem nie w kwestii usługi kompleksowej a w przepisach dotyczących budownictwa mieszkaniowego. Przepisy ustawy o podatku od towarów i usług nie definiują pojęć budowa, remont modernizacja, termomodernizacja oraz przebudowa, dlatego też w tym zakresie należy odwołać się do przepisów prawa budowlanego.
Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) przez remont rozumie się wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.
Modernizacja to „unowocześnienie i usprawnienie czegoś"- według internetowego słownika języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.).
Analiza powołanych wyżej przepisów prawa podatkowego prowadzi do wniosku, iż warunkiem zastosowania 8% stawki, na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, jest spełnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji budynków lub ich dostawy. Po drugie, budynki lub ich części, których dotyczą ww. czynności, muszą być zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Niespełnienie chociażby jednej z ww. przesłanek powoduje, że transakcja nie może korzystać z preferencyjnej, 8% stawki podatku.

Strony w umowach cywilnoprawnych określają co jest przedmiotem sprzedaży. Wobec powyższego, jeżeli przedmiotem sprzedaży ma być konkretna usługa nie powinno się wyodrębniać poszczególnych elementów, które złożyły się na tę usługę i opodatkować ich osobno, ponieważ usługodawca sprzedaje określoną usługę a nie elementy (koszty).

Z uwagi na to, iż obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy i nie podlegają ani wykładni rozszerzającej, ani zawężającej, zaś możliwość wychodzenia poza wykładnię literalną jest niedopuszczalna, uznać należy, iż stawki te winny mieć zastosowanie do

towarów i usług wskazanych wprost przez ustawodawcę w ustawie o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy.
Wyposażenie istniejących (instalacji) w moduły radiowe spełnia warunek modernizacji gdyż ma bezpośredni wpływ na prawidłowe działania instalacji, a zatem ich efektywność. Dzięki modułom radiowym łatwiejsze będzie ustalenie faktu nieprawidłowego działania systemu solarnego - przyśpieszy to interwencję serwisu, jak również pozwoli na ustawienie systemu w sposób najbardziej optymalny.
Zamawiający powołuje w tej mierze interpretację indywidualną Ministra Finansów -Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 28 marca 2013, IBPP2/443-3/13/WN dotyczącą montażu ciepłomierzy na grzejnikach oraz Ministra Finansów - Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji z 18.01.2012 r. (IPTPP1/443-878/11-4/IG) wyraził nawet pogląd, że stawkę 8% można stosować także do montażu instalacji elektronicznego zabezpieczania (w tym systemów alarmowych i przeciwpożarowych).
„Montaż instalacji elektronicznego zabezpieczenia zaliczyć należy do usług modernizacyjnych. Bowiem ma on na celu unowocześnienie, trwałe ulepszenie istniejącego obiektu budowlanego prowadzące do zwiększenia jego wartości użytkowej. Zatem montaż systemów alarmowych w obiektach budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym opodatkowany jest stawką podatku w wysokości 8%".
Zamawiający jednocześnie stanowczo przeczy twierdzeniu jakoby komputery przewidziane do obsługi modułów radiowych miałyby być wykorzystywane w budynku Urzędu Gminy. Jest to twierdzenie absolutnie bezpodstawne. W istocie komputery służyć będą do automatycznego sczytywania danych z zainstalowanych czujników celem monitorowania prawidłowego działania instalacji oraz przetwarzania danych dotyczących koniecznego do uzyskania w ramach projektu efektu ekologicznego.
Serwis i konserwacja
W skład powyższego elementu zamówienia wchodzą koszty usługi właściwego utrzymania instalacji solarnych oraz wymiana płynu solarnego. Zgodnie z założeniami projektu szwajcarskiego gminy biorące udział w projekcie zobowiązane są utrzymać właściwe

---

działanie instalacji w okresie 10 lat od zakończenia robót. Nieuprawnione są twierdzenia odwołującego, że głównym elementem tej części zamówienia będzie wymiana płynu solarnego. Chodzi przede wszystkim o utrzymania efektywności działania instalacji objętych programem - stąd np. bieżące monitorowanie stanu działania instalacji. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie każda zmiana ustawień instalacji mieścić się będzie w ramach usuwania wad i usterek. Często tak prozaiczna sytuacja jak zmiana liczby mieszkańców danego budynku spowoduje konieczność przeprowadzenia prac serwisowych. Wymiana płynu solarnego stanowiła będzie zatem jedynie niewielki element usług konserwacyjnych.
Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, iż odwołujący dla celów odwołania znacznie zawyżył cenę płynu solarnego - w ocenie zamawiającego jedynie po to, aby wzbudzić wątpliwość co stosowanej stawki VAT. Rzeczywiste ceny płynu solarnego są znacznie niższe i kształtują się na poziomie od 90 a 150 zł za instalację. Tym samym nie ulega wątpliwości, że zapisy rozporządzenia wykonawczego do ustawy o podatku od towarów i usług przewidujące zastosowanie stawki podstawowej w sytuacji gdy wartość towarów bez podatku wchodzących w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy - § 3 ust 1 pkt 3 i § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2013 r.).
W tym zakresie Zamawiający stosuje się do wskazań zawartych w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 23 stycznia 2013 r. nr IPTPP4/443-715/12-4/UNR - w załączeniu.
Jest to stanowisko powszechnie przyjmowane zarówno na gruncie interpretacji indywidualnych urzędów skarbowych jak i piśmiennictwie prawnym.
W związku z tym zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył

Izba ustaliła co następuje
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Gmina Mszana Dolna zwana dalej „zamawiającym" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp."

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wszczął ogłoszeniem o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2014r. zamieszczonym pod poz. 2014/S 227- 400327 .

Zamawiający nadał zamówieniu następujący numer referencyjny: SOI 3/2014 (na podstawie Sekcja IV Procedura p. pkt IV.3.1.Ogłoszenia o zamówieniu).

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest montaż kolektorów słonecznych na terenie Gminy Mszana Dolna, Raba Wyżna, Niedźwiedź, Kamienica, Dobra oraz Miasta Mszana Dolna w ramach projektu Odnawialne źródła energii w Mszanie Dolnej oraz gminach partnerskich (Sekcja II Przedmiot zamówienia p.pkt II.1.1.).
Postępowanie to stanowi drugi etap wykorzystania dofinansowania zamówienia środkami finansowymi uzyskanymi z Republiki Szwajcarskiej. W pierwszym etapie wykorzystania dofinansowania zainstalowano na terenie gminy 2.152 sztuk instalacji solarnych na budynkach mieszkalnych.

Zakres zamówienia obejmuje następujące prace: roboty budowlane, zaprojektowanie i wykonanie (Sekcja II Przedmiot zamówienia p.pkt II.1.2.).
Z krótkiego opisu zamówienia wynika, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót polegających na montażu instalacji solarnych dla potrzeb przygotowania cieplej wody użytkowej w indywidualnych budynkach jednorodzinnych, w zakresie umożliwiającym ich prawidłowe i zgodne z przepisami użytkowanie w ramach realizacji projektu „ Odnawialne źródła energii w Mszanie Dolnej oraz gminach partnerskich" w oparciu o dofinansowanie w ramach Szwajcarsko Polskiego Programu Współpracy" (punkt II.1.5.).

W punkcie IV.3.7. Ogłoszenia ustalono jako minimalny okres związania ofertą : 60 dni od ustalonej daty składania ofert.
Zamówienie finansowane jest ze śródków pomocowych Republiki Szwajcarskiej (punkt VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu). Z ramienia władz polskich wydatkowanie śródków nadzoruje Władza Wdrażająca Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie ul. Syreny 23 (wyjaśnienia zamawiającego na rozprawie).
W informacji o procedurach odwoławczych pkt VI.4.2) Składanie odwołań. Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań zawarto postanowienie o następującej treści: Odwołanie wnosi się w terminach określonych w art.182 uPzp.

Izba na etapie posiedzenia z udziałem stron nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę wybranego to jest Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Wybickiego 71; 32- 400Myślenice. Wykonawca ten w związku z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu w dniu 17 lutego 2015r. drogą poczty elektronicznej, dopiero w dniu 23 lutego 2015r. zgłosił przystąpienie w formie przesłanego drogą elektroniczną scanu pisma datowanego na dzień 18.02.2015r. W takim stanie faktycznym i prawnym oraz uwzględniając

---

wniosek odwołującego Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcy wybranego w myśl art.185 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od daty wezwania i zgłaszającego obowiązuje forma pisemna albo elektroniczna opatrzona bezpiecznym podpisem za pomocą certyfikatu. elektronicznym weryfikowanym ważnego kwalifikowanego Obowiązujących zasad skutecznego przystąpienia wykonawca wybrany nie dotrzymał składając pismo z przekroczeniem trzy dniowego terminu i w nieodpowiedniej formie to jest za pomocą e-maila bez bezpiecznego certyfikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołanie wniesiono w dniu 16 lutego 2015r. uiszczając wpis od odwołania w kwocie 20.000,00 złotych.
Z treści odwołania oraz dokumentacji postępowania doręczonej przez zamawiającego wynika, że odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania powziął w dniu 6 lutego 2015r.
Tym samym wobec właściwej dla tego zamówienia procedury obowiązującej dla wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty ustalone na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp., wniesienie odwołania w dniu 16 lutego 2015r. nastąpiło z zachowaniem terminu ustawowego przewidzianego art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.
Zamawiający w związku z wezwaniem Prezesa Izby pismem z dnia 17.02.2015r. doręczonym w dniu 20.02.2015r. wyjaśnił, iż wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 11.262. 520,14 zł. netto wraz z przewidzianym zamówieniem uzupełniającym w wysokości 10 procent. Tym samym wartość zamówienia nie przekracza kwot zamówień określonych w przepisach wydanych na podstawie art.11.ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych. Niemniej na etapie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika, zamawiający wyjaśnił, że na żądanie w/w Władzy Wdrażającej Programy Europejskie postępowanie prowadzone jest jako kontynuacja pierwszego postępowania w związku z nie wykorzystaniem całości środków w pierwszym etapie wskutek zmian kursowych franka szwajcarskiego. Izba przyjęła wyjaśnienia złożone przez zamawiającego na posiedzeniu z udziałem stron, uwzględniając postanowienia SIWZ w tym co do terminu związania ofertą oraz miejsce ogłoszenia o zamówieniu, za uprawniające do prowadzenia postępowania jako drugiego etapu wykorzystania środków Republiki Szwajcarskiej w konsekwencji jak dla zamówień ponad progowych.
Izba z urzędu bada podstawy odrzucenia odwołania w związku z art.189 ust.2 w tym pkt 3) ustawy Pzp. z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia poniżej progów unijnych to jest kwot ustalonych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp. wskazujących na obowiązujący pięciodniowy a nie dziesięciodniowy termin zaskarżenia czynności zamawiającego (art. 182 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.). Na posiedzeniu z udziałem stron zamawiający wyjaśnił o czym

---

wspomniano powyżej, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z uwagi na nie wykorzystanie środków pozyskanych przez Gminę od Republiki Szwajcarskiej w pierwszym etapie postępowania w związku ze zmianami kursowymi franka szwajcarskiego. Łączna kwota prowadzonych postępowań przy wykorzystaniu środków szwajcarskich przekracza kwotę zamówienia ustalonego na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp.
Izba biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności w sprawie jak ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 60 dniowy termin związania ofertą, informacja w SIWZ o postępowaniu ponad progi unijne, pouczenia o dziesięciodniowym terminie wniesienia odwołania uwzględniła okoliczność, że podana wartość zamówienia we wniosku o udzielenie zamówienia z dnia 20.11.2014r. ustalona na kwotę 11.262.520,14zł. netto oraz potwierdzona w protokółem postępowania zamawiającego na tę kwotę stanowi w rzeczywistości drugi etap zamówienia. Przy czym całość zamówienia jest realizowana jako projekt współfinansowany przez Szwajcarię w ramach projektu polsko-szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami członkowskimi Unii Europejskiej (udział tych środków wynosi 85 %). Pierwszy etap jak wyżej wspomniano obejmował realizację instalacji solarnych dla 2.152 gospodarstw domowych a aktualny etap obejmuje instalację kolektorów słonecznych dla 1.020 budynków mieszkalnych. Powyższe Izba ustaliła w oparciu o Program Funkcjonalno – Użytkowy stanowiący Załącznik nr 9 do SIWZ.

Odnosząc się do treści odwołania to odwołujący Konsorcjum firm Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o. (lider) ul. Rakowicka 65; 31-521 Kraków uprzednio działająca pod nazwą (zmiana nazwy nastąpiła 09.02.2015r.) Hoven Inwestycje Sp. z o.o. ul. Bratysławska 1A; 31-201 Kraków oraz Caldoris Polska Sp. z o.o. (członek) Al. Armii Krajowej 220; 43-316 Bielsko Biała zwane dalej „odwołującym” powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia. Jego zdaniem został interes naruszony w ponieważ, zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, z przywołaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, iż jego oferta winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, gdyż jako jedyna nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Błędy w obliczeniu ceny natomiast zawiera oferta

wykonawcy wybranego. W tym stanie rzeczy istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w związku z utratą zamówienia publicznego i nie uzyskaniem spodziewanych z realizacji zamówienia dochodów co w ocenie Izby wyczerpuje spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art.7 ust.1 w zw. z art.87 ust.1 oraz art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp i art. 41 ust.1 ustawy o VAT w związku z niewłaściwą interpretację przepisów i w konsekwencji odrzuceniem oferty odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Składając odwołanie domagał się: unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. i ponownego dokonania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej po uprzednim unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji dokonanie ponownej czynności wnikliwego i rzetelnego badania ofert, w świetle art.7 ustawy Pzp w nawiązaniu do ustawy o podatku VAT. Na koniec dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej pod względem formalnym — prawnym i merytorycznym.

Izba na rozprawie na wniosek stron jak i z urzędu przeprowadziła dowody z następujących dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia doręczonej do akt sprawy przez zamawiającego jak i dołączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

1. pisma z dnia 27 stycznia 2015 r. *zamawiającego* skierowanego do odwołującego (jeszcze jako Hoven) - *wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z zastosowanymi stawkami podatku VAT,*
2. pismo z dnia z dnia 27 stycznia 2015 r. skierowane do Skorut (wykonawcy wybranego) - *Wezwanie do wyjaśnień w związku z zastosowanymi stawkami podatku VAT,*
3. oferty odwołującego w części złożonego Formularza rzeczowo-finansowego zawierającego stawki podatku VAT,
4. oferty wykonawcy wybranego Skorut sp. z o.o. w części złożonego Formularza rzeczowo-finansowego zawierającego stawki podatku VAT,
5. interpretację indywidualną z dnia 6 sierpnia 2014 r.,
6. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 6 lutego 2015 r.,
7. protokół postępowania prowadzony przez zamawiającego,
8. opinie techniczne z dnia 25 października 2014 r. i z dnia 3 lutego 2015 r. sporządzone na wniosek zamawiającego,

Izba z urzędu przeprowadziła dowód z:

1. wniosku zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego,
2. Programu Funkcjonalno – Użytkowego
3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
4. Ogłoszenia o zamówieniu,
5. Zmiany do SIWZ – z dnia 16 grudnia 2014 r. i z dnia 19 grudnia 2014 r.,

---

6. Odpowiedzi zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r. na pytania - w tym miejscu strony wyjaśniają, że odpowiedzi są niewiążące co do stawek VAT w związku ze zmianami SIWZ, wprowadzonymi w dniu 16 grudnia 2014 r. i w dniu 19 grudnia 2014 r.,
8. Ofert złożonych przez odwołującego i wykonawcę wybranego,
9. Zestawienia zbiorczego ofert,
10. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 stycznia 2015 r. (pierwotny wybór),
11. Pismo Hoven z dnia 20 stycznia 2015 r.,
12. Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru- pismo z dnia 22 stycznia 2015 r.,

13. Pismo z dnia 1 lutego 2015 r. wykonawcy wybranego Skorut (wyjaśnienie stawek VAT),
14. Wyjaśnienie z dnia 30 stycznia 2015 r. odwołującego.,
15. Pismo zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2015 r.
Izba przeprowadziła dowody z tych dokumentów na okoliczności podniesione w odwołaniu - co do prawidłowości naliczenia stawki podatku VAT.

Izba nie przeprowadziła dowodu z przesłuchania świadka przedstawiciela firmy Skorut z uwagi na wyczerpujące wyjaśnienie kwestii, które miał wyjaśnić świadek innymi dowodami z dokumentów oraz wyjaśnieniami stron na rozprawie.

Odwołujący pismem z dnia 27.01.2015r. otrzymał od zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętej w „Formularzu rzeczowo-finansowym" stawki podatku VAT, w odniesieniu do pozycji oznaczonych: „lp. 9 - wyposażenie istniejących instalacji solarnych w moduły radiowe wraz z systemem odczytu".
Zamawiający po złożeniu przez odwołującego wyjaśnień odrzucił ofertę jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny w zakresie podatku VAT i dokonał wyboru oferty firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.
Powyższe uczynił pismem z dnia 06.02.2015r. w którym na mocy art. 89 ust.1pkt 6 ustawy Pzp. odrzucił ofertę odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę wzięła pod uwagę treść pisma zamawiającego powyżej przywołanego, które w myśl art. 92 ust.1 ustawy Pzp. powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne podjętych czynności zamawiającego związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty jak również wykluczeniem wykonawców czy odrzuceniem ich ofert. Tym bardziej, że na rozprawie odwołujący podniósł brak należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego co do odrzucenia oferty w szczególności przez użycie nieostrych, niejednoznacznych ocen co do oferty odwołującego.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 06.02.2015r. stanowiącego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty jak i o odrzuceniu oferty odwołującego Izba ustaliła co następuje.
Pismem tym zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty uznając za najkorzystniejszą ofertę firmy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice -100 punktów.
Oprócz oferty wybranej złożono ofertę odwołującego to jest konsorcjum firm.: Hoven Inwestycje spółka z o.o., ul. Rakowicka 65 w Krakowie oraz Caldoris Polska spółka z o.o. w Bielsku Białej, ul. Al. Armii Krajowej 220, 43 - 316 Bielsko –Biała, która uzyskała - 76,79 punktów.
Przy czym ofertę: konsorcjum firm Hoven Inwestycje spółka z o.o. w Krakowie oraz Caldoris Polska spółka z o.o. w Bielsku Białej odrzucono z uwagi na podanie błędnej stawki VAT odnośnie pozycji 1, 9 i 10 Formularza rzeczowo-finansowego.
W piśmie tym zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego wskazując na art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. z powodu błędnego wskazania podatku VAT.
Zamawiający przywołał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) w sprawie zastosowania błędnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej zgodnie z którą określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny w przypadku braku ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych).Uzasadniając powyższą uchwałę Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT. O porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.
I tak przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT

ze stawką zawartą w SIWZ. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ.
W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, (a tak jest w przedmiotowym postępowaniu) przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT

jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny).
Przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ stanowi typowy przykład świadczenia złożonego, składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te, gdyby występowały w samodzielnym obrocie handlowym opodatkowane byłyby różnymi stawkami podatku VAT.
Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z zależnością świadczenia głównego od świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Yerzekeringen BV/ OV Bank NV p-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 ścisłe związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (VAT).
W myśl ww. przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. „świadczeń kompleksowych" traktowana jest jako wyjątek od zasady iż każda usługa podlega opodatkowaniu osobno według właściwej dla niej stawki podatku VAT. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym. Taki ścisły związek lub jego brak skutkuje tym, że bez istnienia jednej usługi druga nie może być wykonana (także wyrok NSA z dnia5 lipca 2006 roku Sygn. akt IIFSK 945/05, wyrok NSA z dnia 20 listopada 2008 roku, Sygn. akt IFSK 1512/07).
Zgodnie z założeniami PFU oraz projektu urnowy stanowiących integralną część SIWZ obowiązkiem Wykonawcy w zakresie pkt 1 załącznika cenowego jest wyłącznie dostosowanie schematów określonych przez zamawiającego do wymogów konkretnego budynku mieszkalnego. Tym samym tego rodzaju świadczenie ma sens wyłącznie ze świadczeniem głównym jakim jest montaż kolektorów. Owo dostosowanie polegać ma na zastosowaniu konkretnej technologii stosowanej przez konkretnego wykonawcę, zależy od oferowanego w zamówieniu kolektora oraz preferowanej przez wykonawcę technologii

wykonywania usług. Tym samym sam wynik prac projektowych jest bezwartościowy, jeśli nie wiąże się z pracami montażowymi konkretnych urządzeń w sposób przyjęty przez danego wykonawcę a nadto w sposób zgodny ze schematami opracowanymi przez zamawiającego. Podobnie rzecz się ma w zakresie pozycji „serwis i konserwacja". Zgodnie z umową i warunkami SIWZ pod pozycją tą należy rozumieć prace polegające na usuwaniu usterek w przedmiocie zamówienia oraz wymianę płynu solarnego w instalacjach. Tak określony zakres prac gwarancyjnych jest nierozerwalnie związany ze świadczeniem głównym.

Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego w zakresie rękojmi to wykonawca zobowiązany jest do wykonywania prac polegających na usunięciu usterek oraz wykonania prac określonych w gwarancji a taką jest właśnie wymiana glikolu. Tym samym w całości w tym względzie zachodzą podstawy do przyjęcia argumentacji wyżej opisanej - a zatem prawidłowym było wskazanie jako prawidłowej stawki 8% i 23% w zakresie VAT w tej pozycji.
W zakresie pozycji „wyposażenie istniejących (liczników ciepła) w moduły radiowe wraz z systemem odczytu w ocenie zamawiającego należy w całości podzielić stanowisko zaprezentowane w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 13 maja 2011 r, ITPP1/443-218/11/BK. Prace polegające na wyposażeniu liczników ciepła w moduły radiowe winny być traktowane jako modernizacja. Modernizacja oznacza unowocześnienie, uwspółcześnienie produktu, trwałe ulepszenie np. istniejącego obiektu budowlanego prowadzące do zwiększenia jego wartości użytkowej (źródło: Wikipedia, wolna encyklopedia).
Analiza powołanych wyżej przepisów prawa podatkowego prowadzi do wniosku, iż warunkiem zastosowania 8% stawki, na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, jest spełnione dwóch przesłanek. Po pierwsze zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji budynków lub ich dostawy. Po drugie, budynki lub ich części, których dotyczą ww. czynności, muszą być zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Niespełnienie chociażby jednej z ww. przesłanek powoduje, że transakcja nie może korzystać z preferencyjnej, 8% stawki podatku.
Takie też stanowisko w istocie zostało zaprezentowane w wyjaśnieniu złożonym przez Hoven Inwestycje spółka z o.o., gdzie także wskazano, że tego rodzaju prace mają charakter modernizacji. Nie można się zgodzić jednak ze stanowiskiem Wykonawcy, iż zainstalowanie tego typu urządzeń nie ma wpływu na polepszenie efektywności instalacji solarnej. W ocenie zamawiającego jest dokładnie odwrotnie. Moduły radiowe na licznikach ciepła służyć mają zbieraniu danych o działaniu instalacji, w szczególności jej efektywności. Tym samym mając do dyspozycji tego rodzaju dane można dokonać ewentualnych optymalizacji, celem poprawy parametrów działania, Porównanie danych z różnych instalacji umożliwia wskazanie tych, które działają w sposób mało efektywny, co umożliwia interwencję Wykonawcy, w

szczególności w okresie gwarancyjnym, gdyż zgodnie z warunkami przetargu jest zobowiązany zapewnić odpowiednią efektywność instalacji (wymóg SIWZ). Nieprawdziwe są przy tym stwierdzenia Wykonawcy, iż elementy tego systemu (komputer wraz z oprogramowaniem) służyć będą do użytku Urzędu Gminy, a budynek Urzędu nie jest zaliczany do budownictwa społecznego. Jest to oczywiste nadużycie - w warunkach przetargu nie ma mowy o instalowaniu czegokolwiek w budynku Urzędu Gminy - należy na marginesie wskazać, iż budynek Urzędu Gminy Mszana Dolna nie był i nie będzie objęty programem instalacji kolektorów słonecznych w ramach projektu realizowanego z udziałem środków Republiki Szwajcarskiej,
Izba dokonując przedstawionych powyżej ustaleń w sprawie, na podstawie przeprowadzonych w czasie rozprawy dowodów wnioskowanych przez strony oraz z urzędu a także złożonych przez strony wyjaśnień zważyła jak poniżej.

Izba zważyła, co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest błąd w obliczeniu ceny co do zastosowanych w złożonych ofertach stawek podatku VAT do oferowanych usług montażu kolektorów słonecznych, które to stawki przedstawiono w Formularzu Rzeczowo - Finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.
Przy czym odwołujący nie tylko kwestionuje fakt odrzucenia jego oferty ale także kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, w obydwu przypadkach, z powodu zastosowania przez odwołującego jak i wykonawcy wybranych stawek podatku VAT.
W przedmiotowym przetargu zostały złożone tylko dwie oferty to jest oferta odwołującego i oferta wykonawcy wybranego, co Izba ustaliła na podstawie przedłożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego w tym Protokołu

postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymywana na posiedzeniu przez zamawiającego co do ograniczenia rozpoznania odwołania tylko do zarzutów odnoszących się do oferty odwołującego z uwagi na wartość zamówienia poniżej progów unijnych nie ostała się.
Zamawiający słusznie prowadzi procedurę przetargową według zasad uwzględniających wartość zamówienia obejmującego wszystkie kolektory słoneczne finansowane z środków uzyskanych od Republiki Szwajcarskiej na montaż kolektorów solarnych stanowiących 85 % wartości zamówienia (I etap; II etap). W związku z tym o wartości zamówienia decyduje nie

---

tylko drugi etap wykorzystania tych środków a co dotyczy przedmiotu niniejszego rozpoznania przez Izbę ale również do wartości zamówienia należy uwzględnić pierwszy etap montażu instalacji solarnych. Zresztą to na wniosek Władzy Wdrażającej Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie ul. Syreny 23 postępowanie prowadzone jest według reguł obowiązujących przy wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty ustalone na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp.
W związku z powyższym Izba rozpoznała także zarzuty odnoszące się do stawek podatku VAT w ofercie wykonawcy wybranego a nie tylko z ograniczeniem do oferty odwołującego to jest do zakresu wnioskowanego przez zamawiającego to jest do rozpoznania ograniczonego treścią art. 180 ust.2 ustawy Pzp.
Obydwie strony zaistniałego sporu nie kwestionują co do zasady, że stawka podatku VAT w sytuacji zastosowania jej niewłaściwej wysokości stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie w tym zakresie przywoływane są uchwały Sądu Najwyższego to jest Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. III CZP52/11jak i Uchwala Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. II CZP 53/11.
W stanie faktycznym sprawy nie zachodzi okoliczność podania przez zamawiającego w SIWZ stawek podatku VAT co jest pomiędzy stronami bezsporne. Tak więc to po stronie wykonawców wystąpił obowiązek samodzielnego ustalenia obowiązującej stawki podatku VAT, który może stanowić podstawę odrzucenia oferty przez zamawiającego w przypadku stwierdzenia niewłaściwej stawki podatku VAT. Zgodnie z przywołanymi powyżej uchwałami Sądu Najwyższego w takiej sytuacji zamawiający nie ma uprawnienia do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. a pozostaje jemu odrzucenie oferty zawierającej niewłaściwą stawkę podatku VAT. Zamawiający wówczas zobowiązany jest do odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny to jest do zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.
Przedstawiona w powyższym zakresie kwestia obowiązku samodzielnego ustalania stawek podatku VAT pomiędzy stronami jest bezsporna.
Spór pomiędzy stronami sprowadza się do ustalenia prawidłowej wysokości stawek podatku VAT w związku z interpretacją zaistniałych zjawisk gospodarczych obejmujących przedmiotowe zamówienie. Strony różnią się w tym zakresie interpretacją posługując się na tę okoliczność opiniami prawników specjalizujących się w materii podatku VAT jak i opiniami Izb Skarbowych czy też sądów administracyjnych.
Różnice interpretacyjne dotyczą traktowania przedmiotu zamówienia przez odwołującego jako odrębnych, niezależnych, żyjących samodzielnym bytem usług niezależnych od siebie a przede wszystkim z powodu możliwości ich wykonania przez różne podmioty. Chodzi tu o następujące etapy obejmujące przedmiot zamówienia: prace projektowe, wykonanie robót budowlano – montażowych instalacja solarna, montaż na istniejących instalacjach solarnych modułów radiowych wraz z systemem odczytu oraz serwis i konserwacja. Z kolei w ocenie

---

zamawiającego jak i wykonawcy wybranego zarówno prace projektowe jak i serwis i konserwacja są nierozerwalnie związane w głównym przedmiotem zamówienia jakim jest wykonanie robót budowlanych instalacja solarna i to ta część zamówienia decyduje o stawce podatku VAT. Przy czym w związku z okolicznością montażu instalacji częściowo na budynkach do 300m $_2$ jak i częściowo na budynkach powyżej 300 m $_2$ zachodzi konieczność

uwzględnienia w obowiązującej stawce podatku VAT 8 % jak również wyższej stawki 23 procent. Natomiast prace projektowe jak i serwis oraz konserwacja w ocenie zamawiającego i wykonawcy wybranego stanowią element usługi kompleksowej jakim jest montaż instalacji solarnej przy czym obowiązuje stawka zarówno 8 % jak i 23 % ale tylko z powodu różnych wielkości powierzchni budynków mieszkalnych na których montowane są instalacje solarne. Natomiast co do usługi montażu modułu radiowego wraz systemem odczytu na istniejących już instalacjach solarnych zamawiający jak i wykonawca wybrany traktuje te usługę jako ich modernizację czyli z prawem zastosowania stawki 8 procent a nie jak odwołujący stawki 23 procent.
Czyli spór między zamawiającym a odwołującym dotyczy przede wszystkim kwestii czy mamy do czynienia z usługą kompleksową czy z odrębnymi usługami sam odwołujący w tej materii przedstawił między innymi następujący pogląd: „Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych. Nie ma legalnej definicji tego pojęcia, nie ma więc określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć granice pomiędzy przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitych zasad. Dlatego też należy zachować wyjątkową ostrożność w klasyfikowaniu przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. Każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia). Zwrócić należy bowiem uwagę na konieczność przeanalizowania podłoża ekonomicznego dokonywanych czynności, przed przystąpieniem do oceny i analizy sposobu ich opodatkowania (z uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie sygn. akt mSA/Wa 2247/09).”
Z powyżej przedstawionej opinii odwołującego wynika po pierwsze, że nie ma w prawie legalnej definicji pojęcia „kompleksowa usługa” i w każdym przypadku należy do kwalifikacji usługi jako kompleksowej podejść indywidualnie i z należytą ostrożnością. W związku z tym jak sam odwołujący podnosi należy w każdym przypadku indywidualnie oceniać każdą

sytuację kwalifikowania usługi jako kompleksowej. Należy przede wszystkim badać podłoże ekonomiczne podjętych działań gospodarczych taka praktyka wynika z powyżej zacytowanego orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.
W ocenie Izby już sam odwołujący w taki sposób opisując w odwołaniu elementy istotne do stwierdzenia czy usługa ma czy nie ma charakteru kompleksowego, wskazuje na zasadność argumentacji przeciwnej do jego poglądów. Mianowicie należy uwzględnić, że zamawiający przewiduje udzielenia zamówienia jednorazowo nie dopuszczając jego dzielenia na części. Powyższe oznacza, że nie można było składać oferty na poszczególne części to jest na prace projektowe odrębnie, na roboty budowlane czy też odrębnie na montaż kolektorów słonecznych odrębnie i na serwis oraz konserwację również odrębnie. Reasumując zamawiający nie przewidział dzielenia zamówienia na części. Takiej możliwości zamawiający wykonawcom nie dał. Stąd też pierwszy argument za traktowaniem tej usługi jako kompleksowej ma miejsce w sprawie, ponieważ jednym zamówieniem bez możliwości dzielenia na części objęto i prace projektowe i roboty budowlane i montaż kolektorów słonecznych jak i serwis i gwarancję. Zamawiający na rozprawie oświadczył a czemu odwołujący nie zaprzeczył, co Izba uznała za wykazane, że w pierwszym etapie zamówienia zlecił w odrębnym zamówieniu dokumentację projektową, która później okazała się nieprzydatna z uwagi na technologią montażu kolektorów jaka miała miejsce. Dlatego też jak oświadczył na rozprawie pełnomocnik zamawiającego w niniejszym postępowaniu zlecił w jednym zamówieniu zarówno dokumentację projektową jak i wykonanie robot budowlanych i montażowych, żeby uniknąć poprzednich złych doświadczeń. Tak więc można w ocenie Izby aspekt ekonomiczny traktowania usługi jako kompleksowej w zakresie co najmniej projektowania, robót budowlanych i montażowych uznać za spełniony ze względów ekonomicznych. Znamiennym jest również oświadczenie zamawiającego, czemu nie

zaprzeczył odwołujący, że roboty te w aktualnym stanie prawnym nie wymagają ani pozwolenia na budowę ani zgłoszenia. Tak więc wymóg sporządzenia dokumentacji projektowej obiektywnie nie istnieje zwłaszcza w zakresie dokumentacji budowlanej. Natomiast co do dokumentacji wykonawczej, czy powykonawczej to decyzja co do konieczności jej sporządzenia leży w gestii zamawiającego. Niemniej zamawiający przewidział w zamówieniu etap sporządzenia dokumentacji, opisując jak podkreślił odwołujący, dość szczegółowo jej zakres.
W ocenie Izby kwestia czy dokumentacja wchodzi w zakres usługi jako całości jest kwestią do oceny przez zamawiającego. To zamawiający musi oceni ze względu na swoje uwarunkowania organizacyjne, ekonomiczne, kadrowe jak również ze względu na charakter przedmiotu zamówienia i jego funkcje czy zleca odrębnie czy sumarycznie usługę projektową. Jak sam zamawiający wyjaśnił na rozprawie odstąpił od poprzedniej praktyki i zlecił łącznie w jednym zamówieniu zarówno usługę projektowania jak i usługę budowlaną

---

wraz z montażem kolektora, uznając to rozwiązanie za bardziej funkcjonalne i użyteczne. W aktualnej rzeczywistości społeczno –gospodarczej występują przypadki, iż zamawiający organizują przetarg łącznie na projekt i budowę czyli w systemie zaprojektuj i wybuduj co jest dopuszczalne. Natomiast i w takim systemie nie można z góry przesądzać czy mamy do czynienia z usługą kompleksową w zakresie opodatkowania. Natomiast nie można z góry zamawiającemu takiego prawa odmówić czy też przyznać. W takim przypadku według powszechnie obowiązujących reguł podatkowych obowiązuje zasada dla usługi/roboty, której udział w całości zamówienia jest większościowy, Według wiedzy Izby nie wymaga dowodu kwestia czy prace projektowe stanowią większy udział w zamówieniu niż roboty budowlane oraz montażowe. Z racji obowiązujących w przetargach publicznych przepisów wskazują one na udział procentowy nie wyższy nie 10 % wartości zamówienia dla wartości prac projektowych. Co do zasady o stawce podatku VAT decyduje wartość zamówienia stanowiąca większą wartość w całości zamówienia. Przy czym stan prawny nie jest sporny pomiędzy stronami tylko stan faktyczny jest sporny.
W ocenie Izby zamawiający na tle obowiązujących w tym zakresie przepisów indywidualnie podszedł do tej kwestii oceniając warunki przedmiotowego zamówienia z należytą ostrożnością kwalifikując jednolicie co do stawki opodatkowania zarówno prace projektowe jak i prace budowlano - montażowe. Świadczą za tym również opinie wewnętrzne sporządzone na potrzeby zamawiającego przez branżystów inżynierów. Według wiedzy i doświadczenia Izby można byłoby rozważać zasadność poglądów odwołującego gdyby na przedmiotowe roboty potrzebne było pozwolenie na budowę. Natomiast w przypadku przedmiotowych prac nie jest wymagane ani pozwolenia, ani zgłoszenie.
Tak więc w ocenie Izby argumentacja zamawiającego jest prawidłowa i uzasadniona w zakresie kompleksowości usług projektowania i robót budowlanych oraz montażowych.
Za słusznością poglądów odwołującego nie przemawia również argumentacja o tzw. szczegółowości opisu wymagań co do dokumentacji. Jak również nie przekonywująca jest rozważana możliwość zlecenia podmiotowi odrębnemu. Czynnikami rozstrzygającymi ten spór jest okoliczność, że nie ma podstaw aby wprost do przedmiotowej sprawy odnosić powoływane przez strony opinie Izb Skarbowych wydanych w innych indywidualnych przypadkach ale również z uwagi na okoliczność, że dokumentacja projektowa nie jest wymagana i nie ma ona służyć indywidualnym potrzebom klienta (zamawiającego). Nie mające zastosowania do przedmiotowej sprawy jest stwierdzenie, że „Usługi projektowe realizują odrębne od usług budowlanych potrzeby klienta, a zatem nie mogą być uznane za tożsame z ww. usługami budowlanymi – Interpretacja indywidualna IBPP2/443-439/14/JJ z 2014.08.06 Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach. Bowiem w przedmiotowej sprawie zamawiający oświadczył, że w poprzedniej procedurze na montaż kolektorów solarnych odrębnie zlecił dokumentację projektową od zamówienia na montaż kolektorów solarnych i w

---

efekcie dokumentacja okazała się bezużyteczna, ponieważ nie uwzględniała technologii wybranych w przetargu w późniejszym zamówieniu kolektorów solarnych. Na tak złożone na

rozprawie oświadczenie zamawiającego nikt z obecnych przedstawicieli odwołującego nie zaprzeczył. Poza tym z przedstawionej w sprawie interpretacji indywidualnej wynika, że poprzednio Dyrektor tutejszej Izby Skarbowej wydał przeciwną opinię od aktualnej (Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach IBPP2/443-912/08/BW z 16.12.2008r.), jak również przeciwna interpretację wydal Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie sygnatura IPPPI-443-2146/08-2/MP z dnia 16.02.2009r. Dla Izby istotnym elementem, w tejże Interpretacji jest przywołane stwierdzenie orzecznictwa ETS ”,iż brak jest uzasadnionych podstaw do dzielenia dla celów podatkowych świadczenia, które w aspekcie ekonomicznym stanowi jedną całość. ETS wielokrotnie wypowiada się na ten temat, m.in. w orzeczeniach z dnia 22 października 1998r. Nr C-308/96, z dnia 254 lutego 1999r. Nr C-349/96, z dnia 17 listopada 1993r. Nr C-68/92 i Nr C-69/92. (…) oraz stwierdzenie „Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”.
W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie odwołujący nie wykazał, że dokumentacja projektowa nie jest usługą pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej jaką jest montaż kolektorów słonecznych.
Argumentacja w odwołaniu, że dokumentacja projektowa, zresztą w ocenie odwołującego, ma bardzo szeroki zakres i jest ona wykonywana przed montażem oraz, że może być także wykonywana przez inny podmiot niezależny w tym w formie podwykonawstwa, w ocenie Izby nie jest przesadzająca o tym, że ze względów ekonomicznych może stanowić całość z montażem kolektorów słonecznych. Odwołujący w złożonym odwołaniu przywołał poprzednie postępowanie prowadzone przez zamawiającego, w którym prace projektowe zlecono odrębnym zamówieniem od zamówienia na montaż kolektorów słonecznych a uczynił to na poparcie swojej argumentacji, co do braku zaistnienia kompleksowości przedmiotowego zamówienia.
Natomiast jak powyżej Izba już wskazała, odwołujący na rozprawie nie odniósł się do oświadczenia zamawiającego, co do braku wykorzystania dokumentacji projektowej na etapie montażu kolektorów, z uwagi na jej nieprzydatność z powodu technologii montowanych kolektorów.
W tym stanie rzeczy Izba podziela stanowisko zamawiającego, wynikające z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty jak i z odpowiedzi na odwołanie, że zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23 % zamiast 8% i 23 % w zależności od powierzchni budynków mieszkalnych, stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Izba podziela również stanowisko zamawiającego co do tego, że stosowanie wyższej a nie preferencyjnej stawki podatku VAT jest nieuprawnione wobec obowiązku podatnika do stosowania stawki wynikającej z przepisu.
Izba nie podziela poglądu odwołującego, że stosowanie preferencyjnych stawek podatku VAT jest prawem a nie obowiązkiem wykonawcy, który może zawsze zastosować wyższą stawkę podatku VAT niż wynikającą z obowiązującego przepisu. Słusznie zamawiający w tej kwestii przywołał użyte w ustawie podatkowej sformułowanie „stosuje się” a nie „można stosować” co w konsekwencji stanowi nakaz stosowania należnych stawek podatku VAT, a nie uprawnienie do ich stosowania. Poza tym nawet z logicznego rozumowania bezprawnym wydaje się obciążanie odbiorcy usług zawyżoną ceną ponad obowiązek ustawowy w przypadku obowiązywania preferencyjnej stawki podatku VAT.

Ponadto słuszny jest pogląd zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, „że ocena czy dane świadczenia tworzą usługę kompleksową w zakresie prac dotyczących budownictwa stanowi kwestię techniczną, nie zaś podatkową. Mając kwestię tą na względzie zamawiający dwukrotnie dokonał - poprzez biegłych powołanych w postępowaniu - oceny czy etap prac nazwany „pracami projektowymi" stanowi czy też nie stanowi element usługi kompleksowej. Dowód: opinia biegłego W. S. - w aktach sprawy Opinia biegłych J. S. oraz S. P. .
Co do „memorandum" podatkowego sporządzonego przez Kancelarię F., B. to słusznie zamawiający zauważył, że pomija ono całkowicie kwestie techniczne. Argumentacja, że projekt techniczny może wykonać inny podmiot nie ma żadnego znaczenia przy kwalifikacji danej czynności do usługi kompleksowej czy też zakres tej dokumentacji.

Co do „Wyposażenie istniejących (....) w moduły radiowe wraz z systemem odczytu” to odwołujący również nie wykazał zasadności zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23 procent. Natomiast prawidłową jest stawka podatku VAT w wysokości 8 % jaką to stawkę zastosował wykonawca wybrany.
Przepisy ustawy o podatku od towarów i usług odnoszą się do pojęcia modernizacja, przy interpretacji którego to słowa można odwołać się do powszechnego rozumienia tego słowa to jest „unowocześnienia i usprawnienie czegoś"- według internetowego słownika języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.) tak jak to wyjaśnił zamawiający.
Przepisy prawa podatkowego prowadzą do wniosku, iż warunkiem zastosowania 8% stawki, na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, jest spełnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji budynków lub ich dostawy. Po drugie, budynki lub ich części, których dotyczą ww. czynności, muszą być zaliczane do budownictwa objętego

społecznym programem mieszkaniowym. Zaistnienie tych obydwu przesłanek uprawnia do zastosowani preferencyjnej 8 procentowej stawki podatku VAT.
„Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że wyposażenie istniejących (instalacji) w moduły radiowe spełnia warunek modernizacji gdyż ma bezpośredni wpływ na prawidłowe działania instalacji, a zatem ich efektywność. Dzięki modułom radiowym łatwiejsze będzie ustalenie faktu nieprawidłowego działania systemu solarnego - przyśpieszy to interwencję serwisu, jak również pozwoli na ustawienie systemu w sposób najbardziej optymalny.”
Natomiast odwołujący na rozprawie nie odnosi się do wyjaśnień zamawiającego, powołując się przede wszystkim na brak kompleksowości usługi jak i na fakt, że usługa odnosi się do zamontowanych już w poprzednim zamówieniu kolektorów słonecznych jak i do tego, że usługę tę może wykonać każdy inny podmiot, niekoniecznie wykonawca przedmiotowej usługi. Niemniej należy zwrócić uwagę, że nie zmienia to odpowiedzialności leżącej nadal po stronie wykonawcy a nie podwykonawcy.
Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie zaprzeczył twierdzeniu odwołującego jakoby komputery przewidziane do obsługi modułów radiowych będą wykorzystywane w budynku Urzędu Gminy. Komputery służyć będą do automatycznego sczytywania danych z zainstalowanych czujników celem monitorowania prawidłowego działania instalacji oraz przetwarzania danych dotyczących koniecznego do uzyskania w ramach projektu efektu ekologicznego. Znajdować się będą na pojazdach samochodowych z których w trakcie przejeżdżania wokół budynków będą dokonywane odczyty.
W ocenie Izby na tak złożone wyjaśnienia przez zamawiającego a nawet z ich pominięciem, odwołujący nie wykazał, że wyposażenie instalacji w moduły radiowe wraz z systemem odczytu nie jest usługą modernizacyjną urządzenia kolektora słonecznego. Przywoływanie przez odwołującego argumentacji, że dotyczy to już zainstalowanych urządzeń wręcz uzasadnia prawo do zastosowania stawki preferencyjnej podatku VAT, którą przeciwnie do odwołującego zastosował wykonawca wybrany. Również nie ma znaczenia dla racji odwołującego powoływanie się na stawkę podatku VAT w wysokości 23 % z powodu możliwości wykonywania usługi przez podmiot trzeci w ramach podwykonawstwa.
Tym samym Izba nie uznała zarzutu podniesionego przez odwołującego, w zakresie zakwalifikowania przez zamawiającego dołożenia modułów radiowych wraz z systemem odczytu, do istniejących instalacji kolektorów słonecznych do modernizacji, za uzasadniony.
W związku z powyższym zamawiający zasadnie z tego powodu uznał stawkę w tej pozycji w wysokości 23 % za błąd w obliczeniu ceny w ofercie odwołującego.

Co do zarzutów odwołującego w zakresie stawki podatku VAT w jego ofercie oraz ofercie wykonawcy wybranego.

Bezspornym w sprawie jest, że odwołujący w zakresie usługi serwisu i konserwacji nie kwestionuje co do zasady stawki preferencyjnej to jest 8 procent. Niemniej uważa, że główną

pozycję tej usługi stanowi koszt glikolu, którego udział w całości w pozycji serwis i konserwacja w jego ocenie wykaże tendencję wzrastającą z upływem czasu. Zamawiający z kolei zaprzecza temu stanowisku zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie. Zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego: „W skład powyższego elementu zamówienia wchodzą koszty usługi właściwego utrzymania instalacji solarnych oraz wymiana płynu solarnego. Zgodnie z założeniami projektu szwajcarskiego gminy biorące udział w projekcie zobowiązane są utrzymać właściwe działanie instalacji w okresie 10 lat od zakończenia robót. Nieuprawnione są twierdzenia odwołującego, że głównym elementem tej części zamówienia będzie wymiana płynu solarnego. Chodzi przede wszystkim o utrzymania efektywności działania instalacji objętych programem - stąd np. bieżące monitorowanie stanu działania instalacji. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie każda zmiana ustawień instalacji mieścić się będzie w ramach usuwania wad i usterek. Często tak prozaiczna sytuacja jak zmiana liczby mieszkańców danego budynku spowoduje konieczność przeprowadzenia prac serwisowych. Wymiana płynu solarnego stanowiła będzie zatem jedynie niewielki element usług konserwacyjnych. Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, iż odwołujący dla celów odwołania znacznie zawyżył cenę płynu solarnego - w ocenie zamawiającego jedynie po to, aby wzbudzić wątpliwość co stosowanej stawki VAT. Rzeczywiste ceny płynu solarnego są znacznie niższe i kształtują się na poziomie od 90 a 150 zł za instalację. Tym samym nie ulega wątpliwości, że zapisy rozporządzenia wykonawczego do ustawy o podatku od towarów i usług przewidujące zastosowanie stawki podstawowej w sytuacji gdy wartość towarów bez podatku wchodzących w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy - § 3 ust 1 pkt 3 i § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2013 r.) nie będą miały zastosowania. Powyżej przedstawione wyjaśnienie zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest przekonujące. Tym samym jako nieuprawnione Izba uznaje zastosowanie przez odwołującego stawki podstawowej (23%) zamiast stawki preferencyjnej (8%) .

W tym stanie rzeczy żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu co do naruszenia kolejno art.7 ust.1 w zw. z art.87 ust.1 oraz art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp i art. 41 ust.1 ustawy o VAT nie potwierdził się. Natomiast argumentacja zamawiającego zarówno w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty jak i odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w ocenie Izby była prawidłowa zarówno w świetle przepisów ustawy o podatku VAT jak i przepisów do niej wykonawczych. Tym samym Izba uznała, że

---

zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych ofert zarówno odwołującego, którego ofertę odrzucił jak i oferty wykonawcy, którego ofertę wybrał. Bowiem słusznie zamawiający uznał, że przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 1 do SIWZ stanowi typowy przykład świadczenia złożonego (kompleksowego), składającego się z kilku pojedynczych świadczeń a w takiej sytuacji stawkę podatku VAT należy przyjąć tak jak dla świadczenia głównego. Natomiast zarzut odwołującego, że zamawiający wezwał jego do wyjaśnienia pozycji 9 formularza to jest „wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu" a wykonawcę wybranego wezwał do wyjaśnień „lp. 1 — prace projektowe" oraz pozycji „lp. 10 - serwis i konserwacja", Izba nie uznała za nieprawidłowe takie wezwania. Przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp. nie obliguje zamawiającego do żądania wyjaśnień a jedynie go uprawnia (W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert). Przepis ten należy tak samo interpretować również w sytuacji gdy wykonawcy zastosowali różną stawkę podatku VAT na poszczególne pozycje w formularzu rzeczowo-finansowym.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu istnieją podstawy do przyjęcia, iż świadczenie jest świadczeniem złożonym (kompleksowym), które obejmuje zarówno prace projektowe jak i serwis i konserwację w związku z montażem kolektorów słonecznych. Sam odwołujący powoływał się na okoliczność, iż w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych, przywołując w tym zakresie uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie Sygn. akt mSA/Wa 2247/09. W ocenie

Izby argumentacja zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie jak i podnoszona na rozprawie w tym zakresie jest prawidłowa. Tym samym skoro jest to usługa kompleksowa to mamy do czynienia z stawką podatkową wynikającą wprost z przepisów prawa i wynosi ona 8 i 23% w zależności od tego z jakiego rodzaju powierzchnią budynku mamy do czynienia.

Natomiast odwołujący bezpodstawnie odczytał, że lp. 9 - Wyposażenie istniejących w moduły radiowe wraz z systemem odczytu zamawiający zaliczył do świadczenia kompleksowego, ponieważ zamawiający zaliczył je słusznie do prac modernizacyjnych a nie kompleksowych.

Izba nie uznaje za mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia argumentację odwołującego, że wymagana przez zamawiającego dokumentacja projektowa ma bardzo szeroki zakres i jest wykonywana przed montażem oraz może być także wykonywana przez inny podmiot niezależny od podmiotu realizującego montaż instalacji. W ocenie Izby przekonywująca w sprawie jest argumentacja zamawiającego o konieczności uwzględnienia konkretnej technologii montażu w sporządzeniu projektu co przemawia za objęciem jednym

---

zamówieniem etapu dokumentacji i montażu, z uwzględnieniem poprzednich negatywnych doświadczeń związanych z odrębnymi zamówieniami na projekt i montaż kolektorów słonecznych (chodzi tutaj o „Zaprojektowanie indywidualnych zestawów płaskich kolektorów słonecznych dla mieszkańców gospodarstw domowych w ramach realizacji projektu: Odnawialne Źródła Energii w Mszanie Dolnej i gminach partnerskich, nr ogłoszenia 272124 - 2011, data zamieszczenia: 04.09.2011” i osobno postępowanie przetargowe na montaż wcześniej zaprojektowanych instalacji „Wykonanie robót budowlanych polegających na dostawie i montażu 2.152 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie Gminy Mszana Dolna oraz gmin partnerskich, oraz 6 instalacji w budynkach użyteczności publicznej, nr zamówienia: SOL 1/2012”).

Dla Izby w świetle całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego prawidłowe jest stanowisko zamawiającego co do (…) Zamawiający - obserwując inne postępowania dotyczące tego rodzaju zakresu - miał świadomość, iż kwestia ta może stanowić przedmiot kontrowersji w ramach postępowania. Stąd dwukrotnie sięgnął w tej mierze po opinię biegłego powołując w tej mierze odpowiednie osoby jako biegłych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Obie te opinie mają charakter kategoryczny i stwierdzają, że prace projektowe stanowią fragment usługi kompleksowej.

Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż jest to stanowisko odmienne do spotykanego w orzecznictwie oraz stanowiskach Ministra Finansów prezentowanego w ramach wydawania interpretacji indywidualnych. Jednakże dokładna analiza tych wyroków i stanowisk jasno wskazuje, iż na ich gruncie i na gruncie niniejszego postępowania mamy do czynienia z różnymi stanami faktycznymi. Chodzi przede wszystkim o zakres prac projektowych. W niniejszym postępowaniu wykonawca otrzymuje do zamawiającego gotowe schematy, które ma jedynie zastosować przy konkretnym budynku używając oferowanej technologii i rozwiązań indywidualnych. Natomiast w sytuacjach opisywanych wyrokami i interpretacjami obowiązkiem wykonawcy było sporządzenie całej dokumentacji projektowej. Natomiast wyliczenie, co składa się na wykonaną usługę ma istotne znaczenie informacyjne przy ustalaniu ceny, jednak nie może uzasadniać odrębnego kwalifikowania poszczególnych elementów zawartych w tym wyliczeniu (dla celów podatkowych - tak w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, IBPP2/443-912/08/BW).”
Zatem w ocenie Izby stanowisko zamawiającego co do traktowania przedmiotu zamówienia w zakresie projektu jak i montażu jako usługi kompleksowej jest uprawnione w przedmiotowej sprawie.

Co do zarzutu pod adresem oferty wykonawcy wybranego w zakresie opodatkowania

urządzeń na gruncie to zamawiający wyjaśnił na rozprawie „Odnosząc się do wywodu na temat różnic w opodatkowaniu urządzeń w zależności, czy one są wewnątrz, czy na zewnątrz, to ostatnie orzecznictwa NSA, czy WSA idą raczej w kierunku spełnienia funkcji przez te urządzenia, czyli przyłącza nieleżenie gdzie są - na zewnątrz, czy wewnątrz, to określa się je jako całość – 8% stawki". Takiemu stanowisku zamawiającego, odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie.

Również odwołujący poprzestał na twierdzeniu, że wartość płynu glikolowego bez podatku wchodzącego w podstawę opodatkowania świadczenia robót konserwacyjnych przekracza 50% tej podstawy i dlatego zastosował podstawową 23% stawkę VAT a nie obniżoną jak dla usług konserwacyjnych stawkę 8 procent.

Izba również nie podziela stanowiska odwołującego na temat prawa w każdych okolicznościach stosowania podstawowej stawki podatku VAT. W ocenie Izby słuszne jest stanowisko zamawiającego w tym zakresie co do obowiązku stosowania zarówno stawek podstawowych jak i preferencyjnych. Tym samym Izba nie podziela szczegółowego stanowiska odwołującego w kwestii zastosowanej stawki podatku VAT w niniejszym postępowaniu przetargowym prezentowanym w MEMORANDUM firmy F. B. Kancelaria Prawna i Podatkowa w temacie „Wysokość stawki VAT na niektóre roboty budowlane związane z montażem instalacji solarnych" z dnia 22 stycznia 2015 roku, załączonego do odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp., ponieważ żaden z zarzutów wobec oferty odwołującego jak i oferty wykonawcy wybranego co do naruszenia przepisów tejże ustawy, nie potwierdził się w toku postępowania odwoławczego.

Na marginesie należy wskazać, że na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wskazał, że nawet gdyby przyjąć w kwestionowanych pozycjach: 1, 9, 10 stawkę 23%, to w pozycji 1 oferta wykonawcy wybranego wzrosłaby o 76 532 złotych 01 grosz, w pozycji 9 wzrosłaby o 25 256 złotych 46 groszy, a w pozycji 10 wzrosłaby o 31 037 złotych 80 groszy, co łącznie daje kwotę wyższą o 132 862 złotych 00 groszy, a w sumie wynagrodzenie wynosiłoby 9 741 653 złotych 32 grosze i nadał byłaby to oferta najkorzystniejsza cenowo (z uwzględnieniem 5% drugiego parametru).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i § 5 ust.3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 zł. od odwołującego na rzecz zamawiającego poniesione z tytlu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: ……