

WYROK
z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

1. Polimex-Mostostal S.A (pełnomocnik) 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.; adres pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock** protestu z dnia 29 września 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

1. „VECTRA” S.A (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „MXBUD” Sławomir Mikulski Sp. j., adres dla pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ul. Otolńska 21, 09-407 Płock zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A, 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A, 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A, 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

I. Agencja Rewitalizacji Starówki ARS Spółka z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock
tel./fax.: 024 366-61-50 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa budynku handlowo-usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociagową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji, zlokalizowanego

2

w Płocku przy ul. Synagogałnej, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 1385/2, obiektu położonego na obszarze zespołu urbanistyczno-architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka wpisanego w dniu 16 listopada 1959r. do rejestru zabytków dawnego województwa płockiego pod nr 51/182/59. Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 sierpnia 2009r. – nr ogłoszenia: 140127-2009 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 2 779 106,72 euro.

W dniu 24 września 2009r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna. Oferta (z najniższą ceną) złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum/Pełnomocnik), ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, RESTAURO Spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu (Partner), ul. Łazienna 4, 87-100 Toruń oraz Zakład Budowlano-Instalacyjny "TURBUD" Spółka z o.o. (Partner) z siedzibą w Płocku ul. Kostrogaj 6, 09-400 Płock (zwani dalej: Odwołującym) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Prawa zamówień publicznych.

W dniu 30 września 2009r. Odwołujący – złożył protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie (a zgodnie z art. 182 ust 3 Prawa zamówień publicznych brak rozstrzygnięcia protestu uważa się za jego oddalenie). Odwołujący w dniu 15.10.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu):

- art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny przez nieprawidłowe zastosowanie podstawowej stawki VAT 22% do całości przedmiotu zamówienia.
- art. 2 pkt 1 i pkt 5 w zw. z art. 86 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przewyższającej kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia publicznego i prawidłowo

3

skalkulowaną cenę zaoferowaną przez Wnoszącego odwołanie w swojej ofercie, alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wymienionych wyżej:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna z powodu stawki VAT zastosowanej w poz. 11 "Wycinka drzew i nasadzenia zastępcze" Załącznika nr 5 pn. "Tabela rozliczeniowych elementów scalonych".

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty

Odwołującego jako ważnej i nie podlegającej odrzuceniu,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie, z tym, że Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpatrywała zarzutów, które – gdyby były samodzielną podstawą wniesienia odwołania - skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 8 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Prawo zamówień publicznych wyraźnie w dziale VI odróżnia czynności od zaniechań mogących być podstawą protestu – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, protest można wnieść do Zamawiającego „wobec czynności podjętych przez zamawiającego

4

w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy”.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem ustawy, prawo wniesienia odwołania poniżej tzw. progów unijnych przyznano wykonawcy tylko w tych przypadkach, kiedy czynność Zamawiającego bezpośrednio (czyli wobec jego wykluczenia czy odrzucenia jego oferty) godzi w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Wartość zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, oszacowano na kwotę 2 779 106,72 euro (protokół postępowania Druk ZP-2, str. 1, w aktach sprawy), zatem wartość ta jest poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, tj. w rozporządzeniu z dn. 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r.) - dla robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, kwota ta wynosi 5 150 000 euro.

Wobec okoliczności, że część zarzutów odwołania nie dotyczy żadnej z czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, a odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy oraz ze względu na fakt, że wartość zamówienia ustalona w postępowaniu jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, Izba nie rozpatrywała tychże zarzutów.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że nawet gdyby wartość postępowania była takiej wysokości, że przysługiwałoby Odwołującemu prawo wnoszenia środków prawnych w nieograniczonym zakresie, to wątpliwe jest posiadanie interesu prawnego przez Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w kwestionowaniu oferty, która jest droższa od oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu badanego na rozprawie, tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny, Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie obiektu budowlanego (Budowa budynku

handlowo-usługowego wraz z parkingiem – druk ZP-12, strona 1).

2. Odwołujący dla całego przedmiotu zamówienia określił stawkę VAT na tym samym poziomie – według stawki podstawowej, 22%. W Załączniku nr 5 do oferty (str. 97 oferty, kopia oferty w aktach sprawy), pn. "Tabela rozliczeniowych elementów scalonych" w poz.

5

12 stawkę podstawową 22% określił również dla czynności nazwanych "Nadzory archeologiczne".

3. Śaden z uczestników postępowania nie dysponował indywidualną interpretacją podatkową. Bezsporne było, że czynności nazywane "Nadzory archeologiczne", gdyby były wykonywane samodzielnie (stanowiłyby samodzielny przedmiot zamówienia) byłyby zwolnione z podatku VAT. Również niesporne było, iż stawka VAT dla robót budowlanych (z wyjątkiem budownictwa mieszkaniowego) jest stawką VAT podstawową i wynosi 22%. Stanowiska Stron były odmienne jedynie co do możliwości uznania wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia za świadczenie kompleksowe i w konsekwencji opodatkowania wykonania przedmiotu zamówienia jednolitą stawką VAT.

Zamawiający na rozprawie stwierdził, że swoje stanowisko (uznanie, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny przez określenie jednolitej stawki VAT dla całego przedmiotu zamówienia) oparł na wyroku KIO/UZP 928/08 z dnia 18 września 2008 r. Tymczasem z uzasadnienia orzeczenia przywoływanego przez Zamawiającego nie wynika, aby Krajowa Izba Odwoławcza badała, jaka stawka VAT jest właściwa dla analogicznego przedmiotu zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu. Izba jedynie stwierdziła, zgodnie z przeważającą linią orzecznictw, że błędne podanie stawki VAT w obliczeniu ceny ofertowej stanowi nienaprawialny błąd i skutkuje odrzuceniem oferty.

Zatem rozstrzygnięcie sporu między Stronami sprowadzało się do ustalenia, czy w przypadku przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu można zastosować jednolitą stawkę VAT dla całego zamówienia.

Po analizie dokumentacji postępowania, Izba na powyższe pytanie odpowiedziała twierdząco.

Celem, do którego zmierza Zamawiający, jest wykonanie obiektu budowlanego. W toku realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia dodatkowych czynności koniecznych do prawidłowego zrealizowania robót budowlanych i poniesienia z tego tytułu wydatków. W przypadku niniejszego zamówienia publicznego występuje zatem świadczenie główne - roboty budowlane (usługa zasadnicza), w ramach którego występują usługi pomocnicze (m.in. nadzór archeologiczny, wycinka drzew, nasadzenia zastępcze). „Gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, usługa ta nie powinna być dzielona dla celów podatkowych. Wynika to z samego charakteru usługi, która składa się z różnych świadczeń, prowadzących jednak do osiągnięcia jednego celu (...). W związku z powyższym wszystkie elementy pomocnicze usługi zasadniczej powinny być zaklasyfikowane i opodatkowane tak, jak usługa podstawowa, która nadaje całości

6

zasadniczy charakter” (interpretacja podatkowa wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 20 maja 2008r., IPPPI-443-804/08). W niniejszym przypadku usługą zasadniczą jest wykonanie budynku handlowo-usługowego opodatkowane stawką 22%, a usługą pomocniczą m. in. usługa sprawowania nadzoru archeologicznego. Stanowisko odnośnie funkcjonalnego związku pomiędzy usługą zasadniczą, a usługą pomocniczą potwierdza również orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, przywoływane przez Odwołującego w odwołaniu, m. in. wyroku z dnia 4 kwietnia 2008r., sygn. akt: III SA/Wa 274/2008 WSA w Warszawie.

Należy zauważyć, że decydującym kryterium oceny, czy dana czynność ma charakter podstawowy dla danego świadczenia, czy też jedynie pomocniczy, nie jest ani wartość (cena) danego świadczenia, ani pracochłonność w stosunku do innych czynności, lecz to, która czynność zaspakaja podstawową potrzebę odbiorcy danego świadczenia. Czynności pomocnicze mają natomiast jedynie dopomóc w realizacji tej potrzeby. Nie sposób pominąć

także celu ekonomicznego, do jakiego dążyły strony zawierające umowy (I SAWr 1632/07, wyrok WSA z 28.02.2008 r.).

Powyżej przywołane orzecznictwo jest zgodne z kierunkiem wytyczonym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Pierwszym rozstrzygnięciem, uznawanym za kluczowe w tym zakresie, było orzeczenie w sprawie Card Protection Plan (CPP) C-349/96, w którym Trybunał uznał, że świadczenia, które z ekonomicznego punktu widzenia stanowią całość, nie powinny być sztucznie dzielone.

Należy zauważyć, że celem Odwołującego przy zastosowaniu jednolitej stawki VAT w wysokości podstawowej 22% nie było dążenie do obniżenia ceny przez zastosowanie jednolitej stawki VAT. Większość orzeczeń sądów administracyjnych i interpretacji podatkowych analizuje możliwość zastosowania preferencyjnej stawki VAT dla usługi kompleksowej (przykładowo – montaż drzwi i okien przy zastosowaniu obniżonej stawki VAT, podczas gdy sprzedaż drzwi i okien opodatkowana jest stawką VAT podstawową).

Reasumując, dla ustalenia, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową, konieczne jest m. in. ustalenie związku pomiędzy usługą zasadniczą, a usługą pomocniczą. Nie wydaje się, żeby jakiegokolwiek znaczenie miała okoliczność, że usługi powiązane pochodzą z różnych „branż”. I tak, Pierwszy Urząd Skarbowy w Bielsku-Białej w postanowieniu z 7 marca 2007 r. (PP/443-17/07) uznał, że świadczenie usług pogrzebowych sklasyfikowanych pod symbolem PKWiU 93.03 podlega 7% stawce VAT, natomiast gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze niepodlegające VAT (usługa duszpasterska), podatnik winien opodatkować je tak, jak usługę zasadniczą. W ocenie składu orzekającego, prowadzenie prac archeologicznych nie było celem Zamawiającego. Nawet można się domyślać, że gdyby nie taki obowiązek, wynikający z przepisów (por. pozwolenie na budowę, na które powoływał się Zamawiający na rozprawie),

7

Zamawiający takich prac w ogóle by nie prowadził. Nadzory archeologiczne, z punktu widzenia celu realizacji przedmiotu zamówienia (budowa budynku handlowo-usługowego z parkingiem) mają charakter poboczny i pomocniczy, w konsekwencji Odwołujący mógł naliczyć jednolitą stawkę VAT dla całości przedmiotu zamówienia rozumianego jako usługa kompleksowa.

Wobec powyższego, skład orzekający uznał, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a zatem Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....