Sygn. akt: KIO 909/11

WYROK
z dnia 13 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INSTALBUD-RZESZÓW Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Leopold Stanisław Lecki, Bogdan Grzebyk prowadzący działalność gospodarcza w formie spółki cywilnej pod firmą Firma Omega S.C. S. Lecki, B. Grzebyk, adres dla pełnomocnika: ul. Boya-śeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów**
w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Boguchwale Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15A, 36-040 Boguchwała**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Boguchwale Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15A, 36-040 Boguchwała** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INSTALBUD-RZESZÓW Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Leopold Stanisław Lecki, Bogdan Grzebyk prowadzący działalność gospodarcza w formie spółki cywilnej pod firmą**

Firma Omega S.C. S. Lecki, B. Grzebyk, adres dla pełnomocnika: ul. Boya-śeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Boguchwale Sp. z o.o., ul. Kolejowa 15A, 36-040 Boguchwała** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INSTALBUD-RZESZÓW Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Leopold Stanisław Lecki, Bogdan Grzebyk prowadzący działalność gospodarcza w formie spółki cywilnej pod firmą Firma Omega S.C. S. Lecki, B. Grzebyk, adres dla pełnomocnika: ul. Boya-śeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów** kwotę **12 859 zł 74 gr** (słownie: dwanaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych, siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Rzeszowie.**

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 909/11

Uzasadnienie

W dniu 29 kwietnia 2011 r. Wykonawca – Instalbud-Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie oraz Leopold Stanisław Lecki i Bogdan Grzebyk działający pod firmą Firma Omega s.c. S.Lecki B.Grzebyk w postępowaniu prowadzonym przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Boguchwale w trybie przetargu ograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w ramach zadania inwestycyjnego pt. Budowa centrum handlowo usługowego i mieszkalnictwa w Boguchwale przy ul. Przemysłowej na działce 977/90 wraz z niezbędnymi urządzeniami i zjazdem z drogi publicznej oraz tablic reklamowych – złożył odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty, wybór oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: uchylenia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego.
Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na błędy w obliczeniu ceny, które – w ocenie Zamawiającego – polegały na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT.
Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący powołał orzecznictwo KIO, które całkowicie podziela. Stwierdził, że zamawiający nie ma podstaw prawnych aby ingerować w stawkę podatku VAT zastosowaną przez wykonawcę, bowiem tylko wykonawca odpowiada za prawidłowe zastosowanie tej stawki. Odwołujący zauważył przy tym, że zamawiający nie sprecyzował wysokości stawki podatku w zamówieniu. Stwierdził że zamawiający nie może określać, jaka stawka jest właściwa, a nawet nie może w tym zakresie uzyskać wiążącej interpretacji organów podatkowych, gdyż nie będzie w takim stanie faktycznym podatnikiem tego podatku, stąd uznanie zastosowania błędnej stawki podatku VAT (nawet jeżeli miało to miejsce) stanowi błędną wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Wskazał na wyroki Izby m.in. sygn. akt 92/11, 987/09, 1053/10, 1287/10, 260/10 i in. i stwierdził, że rozszerzona dokonana przez zamawiającego jest nieuzasadniona prawnie i wykładnia przepisu faktycznie oraz niezgodna z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konsekwencją odrzucenia oferty odwołującego było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, natomiast odwołujący zauważa, że cena jego oferty nie przekracza możliwości finansowych zamawiającego.

Ponadto, niezależnie od wadliwości uznania zastosowania niewłaściwej stawki VAT za błąd w obliczeniu ceny odwołujący podniósł, że w świetle prawa podatkowego ustalona

przez niego stawka podatku jest właściwa, co potwierdzają wyniki przeprowadzonej u niego kontroli finansowej.
Wskazał, że od 1.01.2011 r. stan prawny zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT przedstawia się następująco:
1/ jeżeli metraż jednego mieszkania w budynku wielomieszkaniowym wynosi do 150 m2, a w budyniu nie ma garaży ani lokali usługowo-handlowych i wykonawca realizuje całość inwestycji w ramach jednej umowy (od fundamentów po kominy), ma prawo zastosować do całości wykonywanych robot stawkę 8%. Przy budowie domku jednorodzinne analogicznie, z tym, że metraż nie może być większy niż 300 m2;
2/ jeżeli w budynku występują oprócz mieszkań do 150 m2 również garaże i lokale inne należy zastosować do obliczenia stawki VAT zapis pkt 12b i 12c z ustawy o VAT i wyodrębnić do podstawy opodatkowania powierzchnię odpowiadającą udziałowi powierzchni użytkowej mieszkaniowej do całkowitej powierzchni użytkowej obiektu;
3/ w obu przypadkach na roboty zewnętrzne tj. poza obrębem budynku przy takich budynkach np. chodniki, wodociągi, kanalizacja, mała architektura, parkingi, ma zastosowane stawka podatku VAT w wysokości 23%.
Odwołujący stwierdził, że w złożonej ofercie do wyliczenia ceny ofertowej brutto została ustalona tzw. struktura jako stosunek powierzchni użytkowej mieszkań do całkowitej powierzchni budynku, zatem zastosował prawidłowo prawo podatkowe i ustalił właściwą stawkę podatku VAT.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy tj. jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Stwierdził, ze w pkt VI.1.1. siwz wskazał, iż forma wynagrodzenia za przedmiot zamówienia to wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w drodze przetargu plus obowiązujący podatek od towarów i usług. Zastrzegł wyraźnie, że podatek od towarów i usług będzie naliczany zgodnie z obowiązującymi przepisami. Stwierdził, że oferta wykonawcy zawiera nieprawidłowe stawki podatku, a przyjęcie niewłaściwej stawki podatku tego podatku jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego (prawnego) i odnosi się do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy jako ceny za całości świadczenia. Ponieważ cena uwzględnia podatek VAT, dlatego określenie odpowiednie stawki podatku ma bezpośrednie przełożenie na obliczenie prawidłowej wysokości ceny. Stwierdził, że jest zobowiązany do sprawdzenia prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT, a stwierdzenie, iż określona została nieprawidłowa stawka podatku stanowi istotny błąd wykonawcy co do ustalenia stanu faktycznego i prawnego mającego wpływ na treść oferty powodując, w świetle art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, konieczność odrzucenia oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że w wyniku analizy treści oferty w załączniku nr 1 zawierającym zestawienie kosztów dla poszczególnych elementów prac ustalił, że wykonawca zastosował w niektórych częściach 13% stawkę podatku od towarów i usług, zamiast 23% lub 8% w zależności o rodzaju prac. Stwierdził, że przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie obiektów budowlanych zaliczonych do budownictwa mieszkaniowego objętego społecznym programem mieszkaniowym ma zastosowanie stawka podatku wynosząca 8%.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty złożonej przez odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba zważyła, co następuje.

Ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą zważywszy na zaoferowaną cenę stanowiącą kryterium oceny ofert.

W rozpoznawanej sprawie niesporne jest, że zgodnie z postanowieniami pkt VI.1 siwz zamawiający ustalił wynagrodzenie za przedmiot zamówienia jako wynagrodzenie ryczałtowe, a wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w drodze przetargu jest niezmienne do czasu zakończenia realizacji zadania i jego odbioru. Wskazano ponadto, że podatek od towarów i usług będzie naliczany zgodnie z obowiązującymi przepisami. W formularzu zawierającym zestawienie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego na poszczególne zakresy robót przewidziano wskazanie wartości robót w podziale na elementy robót, a w obrębie poszczególnych elementów wskazanie ceny jednostkowej netto, wartości netto (zł), podatku VAT (zł) i wartości brutto (zł). Z powyższego wynika, że wymagane było podanie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, wartości podatku VAT oraz cen netto i wartości podatku wyrażonej w zł dla poszczególnych elementów. Należy zatem zauważyć, że ani dla ceny oferty ani dla żadnego elementu nie postawiono wymogu określenia stawki procentowej podatku od towarów i usług.

Odwołujący się wykonawca złożył ofertę uwzględniającą wymogi wskazane w opisie sposobu obliczenia ceny w formularzu ofertowym i zestawieniu wysokości wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w ramach zadania inwestycyjnego pt. Budowa centrum handlowo usługowego i mieszkalnictwa w Boguchwale przy ul. Przemysłowej na działce 977/90 wraz z niezbędnymi urządzeniami i zjazdem z drogi publicznej oraz tablic

---

reklamowych należy stwierdzić, że przedmiot ten obejmuje swoim zakresem budowę obiektów zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym

zdefiniowanym w art. 41 ust. 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług dodanym ustawą z dnia 19.09.2007 r. (Dz.U. Nr 192, poz. 1382), która weszła w życie 1.01.2008 r. Konsekwencją powyższego jest stosowanie w zakresie budowy takich obiektów obniżonej stawki podatku od towarów i usług ustalonej, począwszy od dnia 1.01.2011 r., w wysokości 8%. Jednocześnie tak ustalony przedmiot zamówienia obejmuje również prace, dla których przy kalkulacji ceny należy uwzględnić podstawową stawkę podatku tj. w wysokości 23%. W tym kontekście uzasadnione są zapisy siwz, wg których zamawiający nie oczekuje przedstawienia jednolitej stawki podatku VAT wyrażonej stawką procentową. Skład orzekający zauważa przy tym, że wobec ustalenia, na podstawie Programu funkcjonalno-użytkowego oraz oświadczenia zamawiającego, że projektowane budynki mieszkaniowe nie przekroczą limitów powierzchni użytkowej ustalonej dla lokali mieszkalnych na poziomie 150 m^2, nie ma zastosowania art. 41 ust. 12c ustawy o podatku od towarów i usług wskazujący na zastosowanie preferencyjnej stawki podatku polegający na jej uwzględnieniu poprzez zastosowanie proporcji udziału powierzchni użytkowej zakwalifikowanej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej. Okoliczność ta nie zmienia jednak ustalenia o mających zastosowanie, w zależności od rodzaju prac, różnych stawek podatkowych. Fakt rzeczywistego zastosowania tych stawek nie jest przy tym kwestionowany, a ewentualne twierdzenie o zastosowaniu stawki nie przewidzianej przepisami tj. na poziomie ok. 13% wynikające z czynności arytmetycznej opartej na porównaniu wartości brutto i netto nie miałoby żadnego znaczenia, skoro w cenie uwzględniono kwotę podatku wynikającą w części z zastosowania stawki podstawowej, a w części – preferencyjnej. Wydaje się przy tym zrozumiałe, jakkolwiek jest to okoliczność nie podlegająca ocenie Izby, że w toku realizacji robót i dokonywania rozliczeń wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu, stosować będzie stawki podatku zgodnie z ustawą.

Skład orzekający uznał także, że odwołujący uprawdopodobnił przedstawione stanowisko co do poprawności uwzględnienia w cenie prawidłowej kwoty podatku od towarów i usług poprzez potwierdzenie przez organ podatkowy możliwości zastosowania dwóch stawek podatkowych w ramach określonego rodzaju prac przy uznaniu ich jako objętych w częściach różnymi stawkami VAT.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że stanowisko zamawiającego, iż cena oferty złożonej przez odwołującego zawiera błąd w obliczeniu skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, nie zostało potwierdzone.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniając jako uzasadniony koszt odwołującego poniesiony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..

……..

……..