

WYROK

W IMIENIU RZECZY POSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Jacek Gołębowski

SSO Jolanta Bojko
SSR (dcl.) Elżbieta Czaplicka (spr)

Protokolant: Anna Prochem
po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 2009 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum Castellum spółki z o.o. we Wrocławiu (lider), MBM Firmy Konsultingowej i Projektowo-Badawczo-Budowlanej spółki z o.o. we Wrocławiu Tomasza Bartosika

przy udziale zamawiającego Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Hala Ludowa Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, oraz uczestnika postępowania Alpine Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau z siedzibą w Wiedniu (Austria)

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 14 października 2008 r., sygn. akt KIG/UZP 1046/08

w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego

oddalą skargę.

zasądza od Konsorcjum Castellum spółki z o.o. we Wrocławiu (lider), MBM Firmy Konsultingowej i Projektowo-Badawczo-Budowlanej spółki z o.o. we Wrocławiu, Tomasza Bartosika na rzecz Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Hala Ludowa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 917,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego,

zasądza od Konsorcjum Castellum spółki z o.o. we Wrocławiu (lider), MBM Firmy Konsultingowej i Projektowo-Badawczo-Budowlanej spółki z o.o. we Wrocławiu, Tomasza Bartosika na rzecz Alpine Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau z siedzibą w Wiedniu kwotę 917,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Przebieg choroby

Wzrost i masa ciała

Wzrost i masa ciała

rym

Wzrost i masa ciała

'fiwii

Wzrost i masa ciała

Sygn. akt X Ga 34WS

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14.10.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza - oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawców - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CASTELLUM Sp. z o.o. (lider): MDM Firma Konsultingowa i Projektowo - Badawczo-Budowlana Sp. z o.o.; EJUR0 PROJEKT Tomasz Bartosik od rozstrzygnięcia przez

zamawiającego Wrocławskie Przedsiębiorstwo HALA LUTOWA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością protestu z dnia 05.09.2008r. oraz obciążyła kosztami postępowania odwołujących się i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. z kwoty wpisu niszczonego i dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz powyższych podmiotów'.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba wskazała, iż: Zamawiający Wrocławskie Przedsiębiorstwo i HALA LUTOWA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego - na opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie remontu elewacji, stolarki okiennej i pokrycia dachów budynku Hali Stulecia we Wrocławiu, (numer referencyjny 2P.TN/ÓZ2008ZDIR), opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 czerwca 2008 r. nr 1. pozycja 12.5465.

W dniu. (08-07.2008r. dokonano otwarcia ofert, Oferty' złożyli: AL-PINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau z siedzibą w Wiedniu, Austria oraz Konsorcjum CASTELLUM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), MDM firma Konsultingowa i Projektowo - Badawczo • Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Tomasz Bartosik, Oferent ALPibfi zaoferował wykonanie całości prac za cenę ryczałtową ogółem netto 17.089.876,25zł., podatek VAT 22% tj. 1.759.772.78zł, oraz cenę ryczałtową ogółem brutto 20.849.64-9,03zł., z terminem realizacji dokumentacja projektowa w 60 dni od dnia podpisania umowy, roboty' - do 31.12.2009r, od dnia podpisania umowy. Oferent Konsorcjum zaoferował wykonanie całości prac za cenę ryczałtową ogółem netto 17.500.000,2^., cenę ryczałtową ogółem brutto 20.236.000zł, przy zastosowaniu stawki podatku VAT 22% dla wszystkich robót z wyłączeniem usługi remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4.00m. z terminem realizacji o 4 miesiące krótszym aniżeli w SiWZ.

Zamawiający w dniu 29.06.2008r. dokonał wyboru ofert - wybrano ofertę ALPINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau jako odpowiadającą wszystkim wymaganiom ustawy

i SiWZ oraz najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert podane w SiWZ - liczba pkt i 00, w tym za cenę ryczałtową brutto 60 i 7a lennin realizacji i zadania - 40: odrzucono ofertę "CASTELLUM JM - MBM - EURO - PROJEKT; na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny przez zastosowanie zerowej stawki VAT dla robót obejmujących remont stolarki okiennej Hali Ludowej i Hali Stulecia na skutek nieprawidłowego zaklasyfikowania wg PKWiU, jako „usługi ochrony zabytków”. W ocenie zamawiającego przedmiot: zamówienia odnosił się do robót budowlanych, stanowiących prace budowlane wykonywane w obiekcie zabytkowym i nie podlegające zwolnieniu z podatku VAT.

W dniu 05.09.2008r., Konsorcjum „CASTELLUM- MBM- EURO-PROJEKT”, wniosło do Zamawiającego protest wobec czynności odrzucenia oferty Konsorcjum oraz dokonania wyboru oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. W jego uzasadnieniu wskazano, że oferta Konsorcjum nie zawiera błędów w obliczeniu ceny i jest najkorzystniejsza. To jam Zamawiający w SiWZ nałożył obowiązek prawidłowego ustalenia stawki VAT przez wykonawców, gdyż - za wystawienie faktury VAT odpowiada jedynie wystawca i Konsorcjum ten obowiązek wykonał dokonując samodzielnej klasyfikacji usług remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4.00m jako 92.52.12 usługi ochrony zabytków, które (o usługi zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, załącznika nr 4 do ustawy) poz 11 są zwolnione z podatku VAT, Ustalenia iż. remont stolarki okiennej to prace konserwatorskie dokonano w oparciu o dokumentację konserwatorską, z której wynika, iż należy zachować zastaną stolarkę okienną, nadzór nad robotami prowadzić ma Miejski Konserwator Zabytków, a zanim przystąpi się do robót należy wykonać kilka wzorcowych okien, Wydana ruc wniosek Protestujący opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi, w sposób jednoznaczny interpretuje klasyfikowanie prac do grupy PKWiU 92.52.12. Dokumentacja konserwatorska ranga i klasa obiektu, opinie właściwych służb, potwierdzają, że remont konserwatorski stolarki okiennej obejmuje inny zakres prac niż „wymianę, czyszczenie, malowanie stolarki okiennej”, jak również nie stanowi „bieżącej konserwacji”. Ponadto wskazano, na hiak w ofercie ALPINE potwierdzenia posiadania przez wskazaną na kierownika robót Osobę, świadectwa przeszkolenia w zakresie stosowania materiałów CBRP wydanego przez właściwy Instytut Naukowo-Badawczy

Zamawiający w dniu 15.09.2008r. rozstrzygnął protest w ten sposób, że oddalił protest w części dotyczącej odrzucenia oferty oraz wykluczenia wybranego Wykonawcy, a w części spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uwzględnił protest i powtórzone oprotestowaną czynność poprzez wezwanie ALP i NI i de złożenia świadectwa przeszkolenia dla kierownika robót. Zamawiający podkreślił, iż w SiWZ opisał wszystkie prace jako budowlane, a oferent sam zakwalifikował część zamówienia jako usługi ochrony zabytków (roboty remontu stolarki okiennej); w ocenie Zamawiającego opis w dokumentacji prostej i nieskomplikowanej konstrukcji okien krosnowych potwierdza, że okna (c nie mogą być uznane za stolarkę artystyczną, której remont kwalifikuje się do usług ochrony zabytków, mieszczącej się w grupowaniu 92.52.12-00.00 wg PKWiU. Ponadto przywoływana przez Protestującego dokumentacja konserwatorska nie wymagała, aby remont stolarki okiennej

wykonywany był przez renowatorów zabytków. < > jest warunkiem wymaganym Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich Zakres i opis prac wskazuje na typowy zakres robót remontowych drewnianej stolarki okiennej, wykonywanych przez stolarza pod nadzorem kicowtrika budowy, który odbył co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomości (par. 1 pkt 1 rozporządzenia). W ocenie Zamawiającego, ponieważ nie jest wymagane prowadzenie prac przez konserwatora zabytków, powinny być one uznane za roboty budowlane.

W dniu 19 września 2008 r. na powyższe rozstrzygnięcie protestu Konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymało zarzuty w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, przez co naruszono zasady uczciwej konkurencji oraz obiektywizmu i bezstronności, określone w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ponadto Wykonawca wskazał na naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 52 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pizcz zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ALPTNE (au GmbH Internationaler Ingenieurbau E odrzucenia jego oferty, Domagano się nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty, „wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, wybrania oferty najkorzystniejszej czyli oferty Konsorcjum lub unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art.93 ust. 1) jako że wybrano ofertę niezgodną SIWZ, która powinna być odrzucona. Zgodnie z kryteriami oceny ofert, ceną oraz terminem realizacji zamówienia, oferta Odwołującego się powinna uzyskać najwyższą punktację i w konsekwencji powinna być wybrana jako najkorzystniejsza - oferta Alpine powinna mieć 98,-2 pkt., a ofertą Konsorcjum ICKI pkt. W uzupełnieniu dotychczasowego stanowiska, Odwołujący się podkreślił, że nawet ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego co do wycenienia ceny ryczałtowej nie mogły zmieniać ustawowego domniemania z art. 118 ust. 1 pkt 3 a, prawidłowości ceny ryczałtowej brutto. Zakwalifikowanie przez Zamawiającego remontu

stolarki okiennej do robót budowlanych stoi w sprzeczności z zapisami dokumentacji konserwatorskiej, w której podkreśla się konieczność „kompleksowej restauracji stolarki okiennej”, „konieczność zachowania autentycznej substancji, do której należy także stolarka okienna”, a także wskazuje 9ie, iż „większość okien nadaje się do restauracji i nie może ulec wymianie...”. W części odwołania dotyczącej zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, Odwołujący odniósł się do uzupełnionego przez Wykonawcę dokumentu „świadectwa przeszkolenia”, podważając jego prawdziwość,

Po postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AbPiNE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau. Skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu przystępującego do postępowania odwoławczego.

W ocenie Krajowej izby Odwoławczej odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba podkreśliła, że istota rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu naruszenia art.7 ust. 1 i 2 , art. 88 ust. 1 pkt.3 lit. a ustawy PZp sprowadzała się do ustalenia, czy Wykonawca prawidłowo zakwalifikował, a następnie obliczył stawkę podatku VAT dla części przedmiotu zamówienia dotyczącej prac wykonywanych na elementach stolarki okiennej. Ustalono, że Odwołujący się wsta/jAŁ, iż zakwalifikował wykonanie remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00 m do „zwolnienia”¹¹ z podatku VAT, jako remont konserwatorski mieszczący się w grupowaniu PKWiU 92.52.12-00.00. Ustalono też, że oferta Odwołującego się przy zastosowaniu „zwolnienia” od podatku VAT była tańsza od oferty Przystępującego, który zastosował jednolitą alawkę podatku 22% do całości zamówienia. Tym samym sposób naliczenia podatku VAT miał decydujący wpływ dla wskazania oferty najtańszej. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie dokumentacji konserwatorskiej stolarki okiennej Hali Ludowej - Jffli Stulecia we Wrocławiu, prace jakie mają być prowadzone w zakresie stolarki okiennej winny być klasyfikowane jako prace konserwatorskie. Niezależnie od przyznania, iż zakres prac jest różnicowany i obejmuje również prace konserwatorskie, Izba oddaliła jednak zarzut naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy, z uwagi na brak dowodu dU potwierdzenia prawidłowości zwolnienia z opodatkowania prac dotyczących stolarki okiennej Hali Ludowej - Hali Stulecia we Wrocławiu. Według oceny Izby, przedstawiona przez Konsorcjum interpretacja standardów klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi, wskazująca na sposób grupowania według PKWiU 92.52,12-00,00-, nie rbn cJiaraktem wiążącego i ma stanowić jedynie pomoc dla wnioskodawcy w ustaleniu właściwego grupowania, natomiast właściwe zaklasyfikowanie leży w gestii satnegu producenta lub usługodawcy. Przedstawiona decyzja nie wakflzuje, czy w konkretnym stanie Faktycznym właściwe jest zakwalifikowanie robót konserwatorskich stolarki okiennej Hali

Stulecia* jako „usługi ochrony zabytków”¹. Właściwym według Izby, organem tlla dokonania interpretacji przepisów prawa podatkowego, zgodnie z art. 14b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, jest Minister właściwy do spraw finansów publicznych, który na wniosek zuinleicH) wartego podmiotu wydaje w jego indywidualnej sprawie pismną interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretacja indywidualna). Izba natomiast nie jest organem uprawnionym do wydawania interpretacji co do prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, A ponieważ ciężar dowodu obciąża stronę, która wywodzi z okoliczności skutki prawne, to Odwołujący powinien przedstawić dowód, który pozwoliłby na uwzględnienie odwołania w tym zakresie, czego nie uczynił.

Z kolei zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, prafr zaniechanie wykluczeniu z postępowania Przystępującego do postępowania odwoławczego, został przez Izbę oddalony, z tego powodu, że Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia protestu uwzględnił zarzut dotyczący braku w ofercie świadectwu przeszkolenia dla osoby wskazanej na kierownika robót. Tym samym Odwołujący nie miał interesu prawnego w podtrzymywaniu zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie zmienia tego stanowiska okoliczność, iż Zamawiający po uzupełnieniu dokumentu przez Wykonawcę ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ALPINE Bau GmbH. Hyla to nowa czynność, na którą Odwołujący się wniósł oddzielny protest.

Od powyższego wyroku skargę do Sądu wniosło Konsorcjum CASTELLUM - ME3M - EURO - PROJHK i⁷ zarzucając; naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy PZP, poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający bezstronności i obiektywizmu postępowania, w ten sposób, że odrzucono prawidłowo złożoną ofertę Skarżącego, naruszając art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, która nie zawierała żadnej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, a kufrą była najlepszą ofertą w tym postępowaniu; naruszenie art. 43 ust. 1, w zw. z poz. 11 załącznika Nr 4 ustawy o podatku od towarów i usług, zawierającym wykaz usług zwolnionych przedmiotowo z VAT (PKWiU 92.5 usługi związane z kulturą.); naruszenie art. 2 pkt 14, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 30 pkt 2, art. 40 ust. 1-3 ustawy o statystyce państwowej w zw. z § 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia RM z dnia 04.04.2004 w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) - załącznik poz. 92.52.12 (Usługi ochrony zabytków) oraz w związku z pkt. 1 Komunikatu Prezesa (JUS z 24.01.2005, określającym zasadę, że podmiot sam klasyfikuje swoje usługi, naruszenie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy PZP i postanowień STWZ pkt XII i XIII poprzez przyjęcie, że podana przez Skarżącego ryczałtowa cena brutto przedmiotu zamówienia, nie została podana prawidłowo; naruszenie art. 14⁸ ust. 3 pkt 5 i 6 ustawy PZP albowiem zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów⁷ określonych w ustawie, które miały wpływ na wynik tego postępowania. W związku z powyższymiTM zarzutami Skarżący wniósł aby Sąd dokonał zmiany zaskarżonego wyroku i orzekł co do istoty sprawy - poprzez uwzględnienie odwołania Skarżącego Konsorcjum i w konsekwencji uznanie, że umowa zawarta przez Zamawiającego z ALPINE HAU jest nieważna. W uzasadnieniu skargi podano, że Zamawiający nie miał żadnego podstawu faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty. Cena obliczona przez Konsorcjum nie zawierała, ani omyłek rachunkowych, ani błędów. Skarżący prawidłowo obliczył wysokość ryczałtowej ceny brutto, wskazując, iż cena ta obejmuje stawkę VAT Z wolniony (VAT Z) do remontu konserwatorskiego stolarki okiennej Hali Ludowej - Hali Stulecia, jako „miękką ochronę zabytków” oraz stawkę podstawową VAT 22% w odniesieniu do pozostałej części przedmiotu zamówienia jako „roboty budowlane”¹. KIO przyznała, że Skarżący prawidłowo zaklasyfikował zakres i rodzaj prac koniecznych przy remoncie stolarki okiennej - do prac konserwatorskich, a nie do robót budowlanych. Izba nie znalazła również żadnych uchybień w ofercie w zakresie prawidłowego obliczenia stawki VAT, gdyż zastosowanie stawki VAT zwolniony do ceny netto usługi - daje wynik ceny brutto, odpowiadający liczbie ceny netto. Zresztą z ustawy PZP wynika domniemanie prawidłowości wyliczenia ceny ryczałtowej brutto bez względu na sposób jej obliczenia przez wykonawcę (art. 88 ust. 1 pkt 3a ustawy PZP), nawet przyznane Zamawiającemu prawo poprawiania sposobu wyliczenia ceny nie obejmuje prawa do poprawiania omyłek rachunkowych w wyliczonej cenie ryczałtowej (SIWZ XII pkt 3), gdyż tak wyliczona cena brutto, dla wyłonionego wykonawcy i Zamawiającego jest i tak niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy. W uzasadnieniu skargi zarzucono ponadto, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest organem o kompetencjach sądu polubownego, którego zadaniem jest prawidłowe stosowanie ustawy PZP i kontrola prawidłowego stosowania przez Zamawiających przepisów wydanych na podstawie ustawy PZP, a w szczególności przepisów SIWZ. Zdaniem Skarżącego, Zamawiający naruszył te postanowienia oraz przepisy ustaw, ingerując w prawo wykonawcy do samodzielnego sklasyfikowania usługi i w konsekwencji samodzielnego ustalenia stawki podatku VAT („Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT Jeży po stronie Wykonawcy,”) i do poniesienia odpowiedzialności za takie ustalenie przed właściwymi organami statystycznymi i skarbowymi. Ani Zamawiający ani Izba nie były natomiast uprawnione do ingerowania we własną klasyfikację prowadzonej działalności przez oferenta, jak również do ingerencji w

ustalenie wysokości zobowiązań podatkowych wykonawcy. Nie byli również uprawnieni do zobowiązywania Skarżącego do wylegitymowania się indywidualną interpretacją, wydaną przez Ministra ds. finansów publicznych. Gdy podatnik ma wątpliwości przy zaklasyfikowaniu swoich konkretnych wyrobów czy usług - może ale nie ma takiego obowiązku) zwrócić się o pomoc do ich sklasyfikowania przez właściwe organy statystyczne. Podobnie podatnik może, ale nie musi zwrócić się o wydanie indywidualnej, pisemnej interpretacji podatkowej, przez Ministra ds. finansów publicznych,

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej, podnosząc, że nawet ewentualna prawidłowość klasyfikacji robót stolarki okiennej jako usług ochrony zabytków nie przesądza jeszcze o samej stawce podatku VAT wobec zróżnicowania prac i wobec poglądów, że o rodzaju stawki podatkowej decydują prace wiodące w danym zleceniu. Wobec wątpliwości dotyczących stawki podatku VAT, to na skarżącym spoczywał obowiązek przedstawienia dowodu w postaci interpretacji Ministra Finansów. Zamawiający

ma prawo badać i zakwestionować wskazaną w ofercie stawkę podatku VAT, gdyż ma obowiązek tak prowadzić postępowanie, żeby oferty w nim składane były zgodne z prawem, a błędne zastosowanie stawki podatku VAT jest podstawą do odrzucenia oferty.

Uczestnik postępowania przód Sądem ALPKE BAU w piśmie z dnia 02.12.2019 r. wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej, gdyż w zakresie całego przedmiotu zamówienia z uwagi na charakter usługi - usługi budowlanej - na którą składają się różnorodne czynności zastosowanie winna mieć jedna stawka 22% VAT,

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Bezpomym w postępowaniu przez Sądem było, że w następstwie wyroku Izby zamawiający zawarł umowę: z **wybranym** wykonawcą, która jest w trakcie realizacji. Wobec powyższego w **pierwszej** kolejności należy stwierdzić, iż postępowanie sądowe **ze** skargi wykonawcy, którego oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została odrzucona, było kontynuowane w celu merytorycznego rozstrzygnięcia, gdyż dopóki umowa nie zostanie wykonana sam fakt jej zawarcia nie stanowi przeszkody dla przeprowadzenia sądowej kontroli nad postępowaniem odwoławczym. Okoliczność zawarcia umowy z determinowała też wniosek skarżącego, który domagał się min. aby Sąd uznał, że umowa, tu jest nieważna. Orzeczenie tej treści nie mogłoby jednak zapaść w niniejszym postępowaniu skargowym. Sąd Okręgowy rozpoznając merytorycznie skargę na rozstrzygnięcie KIO w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego W' przypadku zawarcia umowy, orzeka nadal w sprawie objętej odwołaniem, w granicach wyznaczonych przepisami art. 191 oraz art.

ustawy z 29.01.2004r. Prawo Zamówień Publicznych, w których to nie mieści się rozstrzygnięcie w przedmiocie nieważności umowy czy też ewentualnego CMIs/kóJnwfLnja, orzeczenia takie wymagałyby odrębnych powództw przed sądem powszechnym. Merytoryczne rozpoznanie niniejszej skargi wraz z zasadności zarzutów skarżącego mogłoby zatem doprowadzić wyłącznie do odpowiedniej zmiany wyroku Izby i orzeczenia co do istoty sprawy, lub do uchylenia wyroku i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Po przcanaiizowatiLi zarzutów podniesionych w skardze Sąd Okręgowy doszedł jednak do wniosku, iż nie są one zasadne, a zatem skarga winna podlegać oddaleniu,

Zarzuty skarżącego dotyczące naruszeniu przez KIO oraz zamawiającego przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych przepisów innych ustaw, jak i postanowień SIWZ sprowadzają się do dwóch twierdzeń. Według pierwszego, ani zamawiający, ani Izba nie byli kompetentni do weryfikowania ceny podanej w ofertach, gdyż była to cena ryczałtowa brutto, a więc co do którejś istocie domniemanie jej prawidłowego ustalenia, a ponadto klasyfikowanie usług i wybór stawki podatku VAT dla konkretnej usługi spoczywa wyłącznie na wykonawcy, którego trafność decyzji podlega kontroli jedynie organów podatkowych, Po drugie skarżący twierdził, iż to właśnie on, a nie zamawiający i drugi z wykonawców, dokonał zgodnego z przepisami zaklasyfikowania usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia oraz co za tym idzie prawidłowo ustalił stawkę podatku VAT w ofercie.

Niewątpliwie skarżący ma rację, iż cena będącą przedmiotem złożonych ofert była ryczałtowaną ceną brutto. Postanowienia SIWZ opisujące sposób obliczenia ceny przez oferentów oraz wskazujące kryteria i sposób oceny ofert mówią wprost o cenie ryczałtowej brutto jako o cenie będącej przedmiotem ofert **oraz** zarazem stanowiącej jedrto z kryteriów' oceny ofert - „podana cena netto jest ceną ryczałtowaną i nie może uiee zmianie przez cały okres obowiązywania oferty (...) do oceny punktowej przyjmie się wartość brutto oferty”. Ustalenia SIWZ są w tym zakresie zgodne z przepisami ustawy PZP, której art. 2 przesądza. **Je** przez cenę, którą należy podać w ofercie, i która wpływa na wybór najkorzystniejszej oferty **należy** rozumieć cenę zdefiniowaną w art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 05.07.2001 r. o cenach, a więc cenę uwzględniającą podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkami, i ak zwana „wartość netto” nie jest zatem nigdy ceną w rozumieniu ustawy PZP, Obowiązek obliczenia ceny w ofertach z wyodrębnieniem wartości netto, wartości podatku VAT oraz warosci brutto nie zmienia charakteru ceny oferowanej. Zamawiający zdecydował, iż cena oferty ma być dodatkowo ryczałtowaną a więc ceną Zglobtlizowaną dla całego przedmiotu zamówienia, określoną? góry-, i niezależną od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu

prac (które mogą różnić się od zakładanych przez oferentów). Skarżący nie ma jednak racji, iż taka ryczałtowana cena brutto w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest z założenia ustawodawcy ceną prawidłową i nie może zawierać błędów w jej obliczeniu.

W opinii Sądu Okręgowego, w obliczeniu ceny ryczałtowanej brutto może wystąpić błąd, Przepis art. 59 ust 1 pkt 6) ustawy P/P mówiący o błędach w obliczeniu ceny, dotyczy każdej ceny w rozumieniu ustawy, a więc i ceny ryczałtowanej. Domniemanie prawidłowego podania ceny ryczałtowej z ad, BS ustawy bez względu na sposób jej obliczenia dotyczy wyłącznie sytuacji gdy wystąpiły omyłki rachunkowe w jej obliczeniu, a nie błędy. Art. 36 ust. 1 pkt 12) wskazuje, że SDVZ musi zawierać w każdym przypadku sposób obliczenia ceny, a więc i ceny ryczałtowanej. W przypadku ceny brutto ryczałtowanej, którą oblicza

się poprzez ustalenie wartości netto i wartości podatku VAT, błąd w obliczeniu wartości brutto (u nie omyłka rachunkowa), może wynikać z nieprawidłowego przyjęcia stawki podatku od towaru i usług. Błędem w obliczeniu ceny jest bowiem w tym przypadku przyjęcie niewłaściwych danych (Tu: stawki podatku VAT) do jej obliczenia, błąd ten wynika z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, z mylnego wyolbrzymienia o sianie rzeczywistym. Pogląd powyższy jest uhalony w orzecznictwie i w piśmiennictwie, w zasadzie nie został jeszcze wyrażony pogląd przeciwny, który podzieliłby stanowisko skarżącego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 1.03.2008r., wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.03.2008r., wyrok KIO z dnia 25.02.2008r. RJO.liZP 341/2008; wyrok KIO z dn. 09.10.2008r. KIO/IJZP 257/08; wyrok KIO z 30.07.2008r. KIO/IJZP 732/08; wyrok Zespołu Arbitrów przy Przedzie Zamówień Publicznych z dn. 05.09.2008r. U7.P/ ZO/O -2416/06; wyrok z dn. 13.07.2007r. ZA p UZP UZP/ZO/O- S.31/07; wyrok z dn. 17.07.2007r. ZA p UZP UZP/ZO/O - 102/07; Anna Szept - Schampera j

Katarzyna Skiba - Kuraszkiewicz. Kto ustala stawkę VAT, Przetargi Publiczne, styczeń 2009;).

Biorąc pod uwagę (rosć art. 29 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług oraz cytowaną wyżej definicję ceny z ustawy o cenach, można powziąć wątpliwość czy istotnie jednak w obliczeniu ceny brutto może dojść do błędu w zakresie wartości podatku VAT, skoro zakłada się, że cena brutto zawiera w sobie wszystkie obciążenia podatkowe, a o wartość podatku umówić się nie można. Zaś w przypadku gdy w wyniku zawarcia umowy w fakturze wykaże się kwotę podatku inną niż należną a nie dojdzie do wystawienia jej korekty i np. podatnik wyżej właściwej wartości podatku VAT, a więc i wyżej ceny brutto («j jeśli jednn7.nac7.tie ze zmianą umiowy w zakresie ceny), powstanie obowiązek uregulowania właściwej kwoty podatku VAT liczonego od ceny brutto z umowy, czyli z faktury. A jednak mimo to, w judykaturze i literaturze jest wypowiadany zdecydowanie pogląd o cenotwórczym charakterze podatku VAT, ponieważ jego rozmiar w zasadniczy sposób wpływa na wysokość ceny towaru i usługi. W obrocie cywilnoprawnym cena brutto oferty tworzona jest poprzez dodanie do uprzednio określonej wartości netto usługi obliczonej wartości podatku VAT według właściwej stawki podatkowej, taki zresztą sposób obliczenia ceny wskazano w S3WZ. „wykonawca określi cenę w kwotach netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT ” i przy takim obliczeniu ceny może dojść do błędu już wyżej opisywanego,

Należy przyznać że? - słuszność skarżącemu, iż ten usługodawca wystawiając fakturę stwierdzającą, dokonanie sprzedaży ma podać w niej ru.in. stawkę i kwotę podatku, a do celu podatku od towarów i usług dokonać klasyfikacji przedmiotu sprzedaży zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyróbów i Usług (co wynika z par 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 04.04.2004r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyróbów i Usług, art. 20 i 40 ustawy o statystyce publicznej, art. 15 i 106 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług), Zamawiający zresztą przyjął podobną zasadę w sposobie obliczenia ceny w treści SIWZ - „prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy¹¹, nie dokonując samemu klasyfikacji przedmiotu zamówienia i nie narzucając stawki podatku w specyfikacji. Nie można jednak zgodzić się ze skarżącym, że doszło do naruszenia przez zamawiającego wymienionych w skardze przepisów ustawy o statystyce państwowej, rozporządzenia RMZ dnia 06.04.2004r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyróbów i Usług (PKWiU) oraz postanowień Komunikatu Prezesa GUS z 24.01.2005r., gdyż w opinii Sądu Okręgowego zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku (o towarów i usług (i jest to pogląd również powszechny w judykaturze oraz piśmiennictwie - zacytowanym powyżej). Jeśli w umowie ustalona zostaje cena brutto, z wyszczególnieniem wartości netto i wartości należnych podatków, to tym samym również druga strona umowy usługobiorca akceptuje poprzez zawarcie umowy - wszystkie składniki ceny. Jest ona także zainteresowana w prawidłowym icli ustaleniu. Nieprawidłowe ustalenie wartości podatku VAT w umowie powoduje bowiem także dla usługobiorcy konsekwencje np. co do możliwości rozliczeń w zakresie obniżenia podatku należnego o kwoty podatku naliczonego. Dla tych samych powodów w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy z ceną, brutto, również zamawiający jako przyszła druga strona umowy jest zainteresowana w prawidłowym ustaleniu wszystkich Składników ceny brutto, i^m bardziej, że art. 144 ustawy PZP uniemożliwia dokonywanie zmian wszelkich postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, a zatem ceną brutto z wylenionej oferty pozostanie ceną brutto umowy choćby następnie organy podatkowe ustaliły, iż wartość podatku VAT odprowadzonego od danej usługi jest zaniżona lub zawyżona. Kolejnym powodem dla którego zamawiający ma dążyć do ustalenia czy w ofertach podano prawidłowe stawki podatku VAT jest pozycja zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest podmiotem prowadzącym to postępowanie i odpowiadającym za prawidłową, ocenę ofert w nim złożonych, wymaga się od niego aby zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W przekonaniu Sądu Okręgowego, zamawiający nie miał możliwości w niniejszej sprawie wyłonienia korzystniejszej oferty spośród złożonych z uwagi na fakt, że obejmowały one ceny ryczałtowe bntto naliczone z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT tym samym oferty z punktu widzenia ceny były nieporównywalne. Zamawiający traktując jednakowo wykonawców stosujących różne stawki podatkowe sam naruszałby art. 7 ust. 1 l'ZP. A zatem w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonując oceny ofert w zakresie prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT, nie tylko nie

naruszył zasady udzielania zamówień z art. 7, ale wręcz zastosował ten przepis w pełnym zakresie. Z kolei zamawiający po ustaleniu jaka stawka podatku VAT winna zostać zastosowana przez wykonawców, miał obowiązek odrzucić ofertę zawierającą, nieprawidłową stawkę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt- 6) ustawy PZP. A zatem reasumując, wbrew zarzutom skargi zamawiający był uprawniony, po pierwsze do zbadania jaka stawka podatku VAT powinna być zastosowana względem usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, a po drugie do odrzucenia oferty zawierającej niewłaściwą stawkę podatku VAT, jak na zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Co się zaś tyczy samego ustalenia przez zamawiającego właściwej stawki podatku VAT dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia to trzeba stwierdzić, że dokonał tej oceny z zachowaniem należytej staranności, w sposób bezstronny i obiektywny. Wystąpił mianowicie do skarżącego w toku badania i oceny ofert, o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści Złożonej oferty w zakresie ustalenia stawki podatku VAT [pismo z 11.07.2005r.). Dodatkowo po uzyskaniu tychże wyjaśnień decyzją z 11.07.2005r., powołał w postępowaniu jako biegłą Monikę Szarzyńską celem sporządzenia opinii prawnej, a decyzją z 04.05.2005r. powołał w postępowaniu jako biegłych Mirosława Stanisławskiego i Grzegorza Kitę celem sporządzenia Opinii prawno - podatkowej. Jego ustalenia oparły się także na analizie z 11.09.2005r. doradcy podatkowego Jarosława Nabiałka z Kancelarii Doradztwa Podatkowego MJN Sp. z o.o. w Poznaniu oraz własnej wiedzy popartej cytowanym orzecznictwem sądów powszechnych, administracyjnych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Z kolei skarżący nie wyjaśnił w sposób wiarygodny oraz nie udokumentował zasadności zastosowanej stawki podatku VAT dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

W opinii Sądu Okręgowego, skarżący uzasadnił poprawność zaklasyfikowania Usługi polegającej na remoncie stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00m jako „usługi ochrony zabytków 92.52. T 2 PKWU. Skarżący wykazał, iż chodzi to o usługę konserwacji której celem jest zachowanie oryginalnej substancji w maksymalnym zakresie, wykonywaną przez fediowy personel (w tym przypadku stolarka pod nadzorem kierownika budowy legitymującego się zaświadczeniem konserwatorskim o odbyciu co najmniej 2 - letniej praktyki zawodowej przy zabytkach nieruchomych) na podstawie dokumentacji konserwatorskiej (sporządzonej przez zespół pod kierunkiem prof. Dr hab. Jana Lejchmana z Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu), Skarżący powołał się w tym zakresie na opinię prawno - podatkową z 19.06.2005r., sporządzoną przez BLUE TAX Doradca sp. z o.o. we Wrocławiu, opinię prof. Jerzego Jasiełki rzeczoznawcy Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego; wyciąg z dokumentacji konserwatorskiej stolarki okiennej Hali Ludowej - Hala Stulecia we Wrocławiu sporządzoną przez zespół pod kierunkiem prof. Dr hab. Jana Lejchmana z Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu oraz pismo Miejskiego Konserwatora Zabytków z 02.11.2005r., których treść przemawia za przyjęciem takiej klasyfikacji tej usługi. Zamawiający nie przedstawił natomiast, zdaniem Sądu, żadnych ważkich argumentów za przyjęciem, iż usługa stolarki okiennej nie była usługą konserwatorską. Gdyby zatem

przedmiot zamówienia dotyczył wyłącznie jednej tej usługi, usługa ta byłaby zwolniona od podatku VAT, a to na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 1 uPZA, zgodnie z którym zwolnione są od podatku usługi wymienione w załączniku nr 4 do ustawy. Załącznik ten w pozycji II wymienia „usługi związane z kulturą - ex 92, z wyłączeniem wstępu oraz wypożyczania wydawnictw w zakresie usług świadczonych przez biblioteki, archiwa, muzea i innych usług związanych z kulturą (PKWiU 92.5). W niniejszej sprawie jednak przedmiot zamówienia składały się następujące prace: opracowanie dokumentacji projektowej, uzyskanie pozwolenia na budowę i wykonanie robót budowlanych; remont stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00m; naprawa, reprofiliacja i zabezpieczenie betonu na elewacji, wzmocnienie pierścienia rozciąganego pod kopułą żebrową, wymiana warstw pokrycia dachów powyżej poziomu 4,00m, wymiana rur spustowych i obróbek blacharskich powyżej poziomu 4,00m, remont drabin wjazdowych, pomostu kopuły i masztu flagowego, wymiana instalacji odgromowej, wymianą szklenia stolarki okiennej do poziomu 4,00m. Zasadniczą zatem kwestią było ustalenie czy usługa remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00m należała do usługi kompleksowej czyli robót budowlanych wykonywanych w obiektach zabytkowych, co do których należało zastosować podstawową stawkę podatkową VAT 22%. W przypadku usługi kompleksowej stawka podatku VAT jest bowiem jednolita dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej czy wiodącej w danym zleceniu (por. z wyrokiem NSA z dnia 5 lipca 2006 r., sygn. akt I FSK 045/2003),

Należy zaznaczyć, że żadna ze stron nie przedstawiła w niniejszej sprawie interpretacji organów statystycznych czy podatkowych, która przesądziłaby o kompleksowym charakterze usługi. Ponieważ wystąpienie o taką interpretację jest istotnie uprawnieniem, a nie obowiązkiem podmiotu zainteresowanego, a ponadto interpretacja ta nie ma charakteru powszechnie wiążącego, tak indywidualnej interpretacji nie może, zdaniem Sądu, w sposób automatyczny pociągać za sobą ujemnych skutków procesowych dla którejkolwiek ze stron. Jednakże w sytuacji gdyby taka interpretacja została przedstawiona, jej wnioski podobnie jak wnioski innych opinii zgromadzonych w postępowaniu miałyby zostać wzięte pod rozwagę przez zamawiającego, a następnie organy odwoławcze. Charakter usługi stanowiącej przedmiot zamówienia został natomiast poddany analizie w opinii prawno - podatkowej z 11.09.2005r. sporządzonej przez BLUE TAX Doradca sp. z o.o. we Wrocławiu oraz opinii z 11.09.2005r. doradcy podatkowego Jarosława Nabiałka z Kancelarii Doradztwa Podatkowego MJN Sp. z o.o. w Poznaniu - każda z nich zawiera odmienne stanowisko. W opinii Sądu

Okręgowego, przedstawiony w sprawie materia! wskazuje jednak na zasadność uznania usługi będącej przedmiotem zamówienia za usługę złożoną. Ustawodawca nie deliniuje pojęcia usługi kompleksowej, pozostawiając to doktrynie i orzecznictwu. O kompleksowym charakterze usługi przesądza możliwość sLwiedzterua wy stąpienia powiązania pomiędzy poszczególnymi czynnościami w taki sposób, iż mamy do czynienia ze świadczeniem podstawowym (zasadniczym) om?, pomocniczym. Kierując się orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, usługę noleńy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej (wyrok FTS z dnia 25 lutego 1999 u, w sprawie C-349/96 C.P.E\ I -ti (C.) przeciwko C, o i' C.)- Podobnie w nawiązaniu do pojęcia "kompleksowości usługi" wypo wiedział się Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, wskazując na ściśle powiązanie świadczeń (czynności), które obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość a ich rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, Wtedy wszystkie te świadczeniu lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych od wartości dodanej. ściśle powiązanie świadczeń zachodzi wówczas gdy zmierzają one do zaspokojenia tego samego celu, tych samych potrzeb zamawiającego, gdy nie mogą nie powinny być wykonane oddzielnie. W niniejszej sprawie niewątpliwie

zleceniem windąpym są usługi budowlane, świadczy o tym zakres wszystkich czynność. Stanowiących przedmiot zamówienia. Wszystkie prace wchodzące w skład zamówienia są ze sobą ściśle powiązane i tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, przemawiają za tym następujące okoliczności: zarówno prace budowlane jak i konserwatorskie odnoszą się do jednego obiektu, zmierzają do zaspokojenia tej samej konkretnej potrzeby zamawiającego, mają ten sam cel - poprawę stanu obiektu z uwzględnieniem historycznego wyglądu obiektu. Wszystkie prace składają się na usługę złożoną, gdyż gospodarczo i ekonomicznie uzasadnione jest aby były realizowane jednocześnie w ramach jednego zlecenia, skcuo istnieje potrzeba ich wykonania ni.in. dlatego ac: zarówno remont elewacji z wymianą pokryć dachu (a nie wyłącznie remont stolarki okiennej) muszą być zaopiniowane i zatwierdzone prze?. Miejskiego Konserwatora Zabytków, w czasie remontu obiekt ma być użytkowany w dotychczasowy sposób, konieczne jest przygotowanie zabezpieczenia terenu przed dostępem osób trzecich i zabezpieczeniu stosowne do pracy na wysokości. Marginalne natomiast znaczenie dla oceny charakteru usługi miały takie fakty jak: wskazanie przez zamawiającego w SIWZ na jeden rodzaj usług - roboty budowlane, a ponadto objęcie wszystkich prac jedną

Dodać należy, że na rozprawie w dniu 10.02.2009r. Sąd oddalił na podstawie sirt. 381 Lp.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy PZ? wniosek skarżącego o dopuszczenie dowodu z trzech interpretacji indywidualnych wydanych przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dn. 04.02.2009r, jako spóźniony. Sąd wziął pod uwagę, iż skarżący mając wiedzę o okresie oczekiwania na interpretację (3 miesiące) mógł złożyć wniosek o jej wydanie już w lipcu 2008r. (kiedy to powziął informację o wątpliwościach zamawiającego co do zastosowanej stawki podatku VAT w ofercie), a najpóźniej na przełomie sierpnia i września 2008r., kiedy 10 miało miejsce odrzucenie oferty Konsorcjum, Tymczasem skarżący zwrócił się o interpretację w dniu 05.11.2008r., czyli po wniesieniu skargi na wyrok KIO, a następnie mimo że je otrzymał w dniu 09.02.2009r, przedstawił je Sądowi dopiero w dniu 10.06.2009r.

Mając powyższe rozważania na uwadze. Sąd Okręgowy uznał, iż nie doszło do dokonania przez zamawiającego wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, jak również w postępowaniu o udzielenie zamówieni* nic doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik tego postępowania, stąd w oparciu o art. 198 ust- 2 ustawy PZP orzeczono jak w sentencji-

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosowanie do wyniku sprawy na podstawie

art. 198 ust. 5 ustawy. j.