

WYROK
z dnia 14 lutego 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2017 r. przez wykonawcę **Energia Polska S.A, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Niegowa, ul. Sobieskiego 1, 42-320 Niegowa**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności unieważniania postępowania, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert wraz z ofertą odwołującego;
2. w zakresie zarzutu nieodrżucenia oferty Solartime sp. z o.o. umarza postępowania z powodu cofnięcia zarzutu;
3. kosztami postępowania obciąża **Gmina Niegowa, ul. Sobieskiego 1, 42-320 Niegowa**
4. zalicza w poczet postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Energia Polska S.A, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
5. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 (trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 roku poz. 2164 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....
.....

2

UZASADNIENIE

Gmina Niegowa, ul. Sobieskiego 1, 42-320 Niegowa, zwana dalej także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w projekcie: *Odnawialne źródła energii szansą poprawy jakości środowiska naturalnego w Gminie Niegowa*.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad obowiązujących w postępowaniach, kiedy wartość zamówienia jest niższa od kwot ustalonych w oparciu o przepis art. 11 ust.8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 lutego 2017 roku, doręczonym wykonawcom w dniu 2 lutego 2017 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu w postępowaniu złożonych ofert oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko jedna z ośmiu ofert złożonych w postępowaniu była ofertą nie podlegającą odrzuceniu, lecz zaoferowana cena ofertowa przekraczała kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Energia Polska S.A., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, dalej zwany "odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niezasadne z przepisami prawa odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, mimo iż Wykonawca prawidłowo obliczył cenę oferty i nie popełnił błędu przy stosowaniu stawki podatku VAT; co w konsekwencji spowodowało nieuprawnione unieważnienie postępowania mimo, iż niesłusznie zamawiający pominął przy ustalaniu, że oferta odwołującego być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nadto zarzucił brak podania uzasadnienia faktycznego podstawy odrzucenia jego oferty. Zarzut co do nieodrzczenia oferty Solartime został przez odwołującego cofnięty na rozprawie.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o nakazanie zamawiającemu czynności unieważnienia postępowania, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego podał, że oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego oraz nie podlega odrzuceniu jako jedyna spośród złożonych w postępowaniu ofert. Pozostałe oferty - poza ofertą najdroższą, zostały odrzucone przez Zamawiającego w sposób prawidłowy. Podkreślił, że nie można zgodzić się z argumentacją zamawiającego co do podstaw odrzucenia jego oferty, ponieważ zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia jest błędnie zastosowana w ofercie Odwołującego stawka podatku VAT. Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia ofert Zamawiający wskazał, jaka stawka VAT powinna zostać

3

zastosowana na poszczególne pozycje wyceny przedmiotu zamówienia, mimo iż najprawdopodobniej w toku postępowania nie miał takiej wiedzy.

Odwołujący podobnie jak inni Wykonawcy, przed odrzuceniem jego oferty został wezwany do wyjaśnienia zastosowanej w ofercie stawki podatku VAT. Pismem z dnia 27 stycznia 2017 roku odwołujący wyjaśnił treść oferty, posiłkując się indywidualną interpretacją podatkową (załączona do odwołania), wydaną dokładnie w analogicznym stanie faktycznym, jaki miał miejsce w postępowaniu zorganizowanym przez zamawiającego. W interpretacji z dnia 17 maja 2016 roku Energia Polska S.A. przytoczony został wniosek odwołującego, z którego wynikało że interpretacja ma dotyczyć prawidłowej stawki podatkowej dla zamówień, których przedmiotem jest dostarczanie i montowanie kompleksowych instalacji solarnych lub fotowoltaicznych w lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego - na domach mieszkalnych mieszkańców danej jednostki samorządowej. Pytający wskazywał na różne możliwe do stosowania stawki podatku VAT w zależności od miejsca montowania instalacji. W punkcie 13 na stronie 3 interpretacji przytoczone jest pytanie odwołującego dotyczące montażu monitoringu. Stanowisko odwołującego dotyczące możliwości do stosowania stawki podatku VAT w odniesieniu do tej części prac obejmowanych postępowaniami zawarte zostało na stronie 7 interpretacji, gdzie wykonawca wskazał, iż w jego ocenie w sytuacji montażu monitoringu zastosowanie stawki obniżonej 8% możliwe będzie tylko w zakresie, w jakim elementy systemu monitoringu nie znajdą się poza bryłą budynku. Tym samym część systemu monitoringu zlokalizowana poza budynkami mieszkalnymi (np. stacje pogodowe), które mają być umieszczone na słupach, przenośny komputer i telewizor do użytku Zamawiającego - ich dostawa będzie opodatkowana stawką podstawową 23%.

Wydający interpretację Dyrektor Izby Skarbowej w wskazał, że stanowisko wykonawcy zaprezentowane we wniosku jest prawidłowe, gdyż do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stosuje się stawkę obniżoną w wysokości 8% VAT, natomiast infrastruktura towarzysząca budownictwu mieszkaniowemu opodatkowana jest podstawową stawką w wysokości 23% VAT. Na stronie 12 interpretacji jednoznacznie Dyrektor Izby Skarbowej wskazał natomiast, że *"w przypadku montażu monitoringu zastosowanie stawki podatku w wysokości 8% będzie możliwe tylko w zakresie, w jakim elementy systemu monitoringu znajdą się w obrębie budynku"*. Tym samym część usług montażu systemu monitoringu znajdująca się poza budynkami mieszkalnymi (...) będzie korzystała z podstawowej stawki podatku 23%, gdyż obniżona stawka podatku nie obejmuje elementów infrastruktury towarzyszącej wykonywanych na zewnątrz poza bryłą budynku.

Dokładnie w taki sposób jak wskazany w interpretacji odwołujący wyliczył cenę swojej oferty w tym postępowaniu, stosując stawkę 8% VAT do tych elementów instalacji

pomiarowania i monitoringu, które znajdowały się w bryle budynku mieszkalnego. Wszystkie te elementy, które nie znalazły się w bryle budynku lub stanowiły koszty dodatkowe objęte

4

zostały stawką VAT 23%. Kwestie te zostały zamawiającemu dostatecznie wyjaśnione w piśmie z dnia 27 stycznia 2017 roku, gdzie odwołujący wskazał, które elementy objęte są preferencyjną stawką podatkową.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podniósł, że stawka podatku VAT w wysokości 8% może znaleźć zastosowanie tylko w sytuacjach kiedy wykonywanie wszelkich prac następuje w obrębie bryły budynku. Natomiast w tym postępowaniu stanowisko odwołującego należy uznać za błędne gdyż interpretacja z dnia 17 maja 2016 r. nie może znaleźć zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy, ponieważ stan faktyczny opisany w powołanej interpretacji (dotyczący dostawy towarów — urządzeń do pomiarowania), jest odmienny (od stanu faktycznego niniejszej sprawy, w którym przedmiotem zamówienia w zakresie pkt 3) formularza ofertowego było dokonanie pomiarowania i monitoringu — a zatem świadczenie usług. W formularzu ofertowym w pkt 3 dotyczącym ceny wyraźnie wskazano, iż dotyczy ona pomiarowania i monitoringu instalacji OZE. Przedmiotem świadczenia wykonawcy w tym postępowaniu miało być świadczenie usług, a nie natomiast wykonywanie robót budowlanych. Wszelkie czynności dotyczące montażu urządzeń, konieczne do dokonania pomiarów oraz monitoringu, miały jedynie charakter pomocniczy do usługi, którą wykonawca byłby zobowiązany świadczyć.

Powyższe stanowisko wynika z samej istoty „pomiarowania oraz monitoringu”, jak również z wykładni literalnej użytych przez zamawiającego pojęć. Gdyby bowiem celem oraz przedmiotem zadania w niniejszym zakresie było wyłącznie wykonanie robót obejmujących montaż urządzeń pomiarowych, w ten sposób zadanie to zostałoby ujęte w SIWZ oraz Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Tymczasem z treści postanowień PFU oraz SIWZ wynika wręcz przeciwnie, iż zamontowanie urządzeń stanowi jedynie element szerszej świadczonej przez odwołującego w tym zakresie usługi. Podkreślił, że w ramach niniejszej usługi wykonawca był zobowiązany do wykonania kompleksowej usługi monitoringu i pomiarowania, w tym zbierania, odczytywania i przetwarzania danych.

Podkreślił, że zamawiający ustalając stawkę podatku VAT miał na względzie, że zamontowanie urządzeń służących do pomiaru i monitoringu, stanowi część kompleksowej usługi, skutkiem czego z podstawy opodatkowania nie można wyodrębnić dostawy i montażu urządzeń, dla których stawka powinna odpowiadać stawce samej usługi. Podkreślił także iż dla rozstrzygnięcia, czy w konkretnej sprawie mamy do czynienia, z jednym bądź wieloma świadczeniami, istotne jest dokonanie analizy z punktu widzenia nabywcy usług - odbiorcy tych czynności. Wymaga to wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności, w jakich następuje transakcja, w celu określenia jej elementów charakterystycznych i dominujących - w ramach całościowej oceny, wagi jakościowej, a nie tylko ilościowej, elementów świadczenia usług w stosunku do elementów dostawy towarów. Dodał, że powszechnie przyjęte rozumienie ww. pojęcia, a także stanowisko organów podatkowych - potwierdza

5

słuszność powyższej argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą określony cel świadczenia musi być rozpatrywany przez pryzmat jego nabywcy - a nie przez pryzmat osoby, która dokonuje kwalifikacji, jak już wspomniano świadczenie kompleksowe posiada spójny charakter dla określonego podmiotu, który nabywa je jako całość. Podsumowując przedstawioną argumentację stwierdził, iż zamontowanie urządzeń służących do pomiaru i monitoringu, stanowi część kompleksowej usługi, skutkiem czego z podstawy opodatkowania nie można wyodrębnić dostawy i montażu urządzeń, dla których stawka powinna odpowiadać stawce samej usługi.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło trzech wykonawców tj ANTINUS Sp. z o.o., Sobieskiego 39/B5, 96-100 Skierniewice; FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzińska; Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa, których oferty zostały prawomocnie odrzucone przez zamawiającego.

Odwołujący co do zasadności zgłoszonych przystąpień zgłosił opozycje podnosząc, iż oferty tych wykonawców zostały odrzucone, żaden z nich nie wniósł odwołania od takiej

czynności zamawiającego i tym samym trudno uznać, aby taki wykonawca miał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, który oferty tych wykonawców odrzucił, czyli aby mieli interes w popieraniu odrzucenia ich własnej oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp..

Natomiast co do zgłoszonych przystąpień wykonawców do postępowania po stronie zamawiającego Izba uznała za zasadne zgłoszone opozycje odwołującego w tym zakresie i uznała, że wykonawcy nie wykazali posiadania przesłanki interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Podkreślenia wymaga fakt, że oferty wykonawców zgłaszających przystąpienia zostały przez zamawiającego prawomocnie odrzucone – minął termin ustawowy na wniesienie odwołań w tym zakresie. W tym przypadku wykonawcy przystępując po stronie zamawiającego popierają odrzucenie ich własnych ofert, co należy uznać za sytuację sprzeczną z istotą udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie

6

zamówienia, gdyż wykonawca składa ofertę w postępowaniu po to, aby została ona wybrana jako najkorzystniejsza, a nie została odrzucona. Inną byłaby sytuacja gdyby ci wykonawcy zgłaszający przystąpienia złożyli własne odwołania na odrzucenie ich ofert - gdyż to utrzymałoby ich oferty w tym postępowaniu do czasu wydanie orzeczenia przez Izbę i równocześnie przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego dążąc do utrzymania odrzucenia ofert wykonawców z nimi konkurujących. Natomiast zgłoszenie przystąpień wg stanu faktycznego tego postępowania nie kreuje wystąpienia jakiegokolwiek interesu w tym postępowaniu. Przystępujący nie wykazali na czym ich interes w popieraniu stanowiska zamawiającego w tym postępowaniu miałby polegać.

Izba wskazuje, iż interes o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp winien mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2014 r. (KIO 5/14) stwierdzić należy iż *interesu nie wykaże przystępujący powołujący się jedynie na możliwość wygrania powtórnego postępowania po unieważnieniu obecnego*, gdyż nie jest wiadomym czy do ponownego wszczęcia postępowania w ogóle dojdzie. Nadto w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2013 r. (KIO 2822/12; KIO 2864/12) Izba stwierdziła, że *Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego musi odnosić się do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć nie jest on tożsamy z interesem w uzyskaniu danego zamówienia, którym należy się wykazać przy wniesieniu odwołania, winien jednak być związany z postępowaniem objętym odwołaniem*. Punktem wyjścia dla prawidłowego rozumienia interesu przystępującego powinno być pełne brzmienie art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, który stanowi, że „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.” Odnosząc się do powyższego przepisu nie można pominąć, że przystępujący zgłasza swoje przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Co oznacza, że jego interes nie jest nieograniczony, czy oparty na spekulacjach, bowiem mieści się w ramach wyznaczonych z jednej strony przez treść odwołania, a z drugiej przez przedmiot danego (a nie innego) postępowania odwoławczego, z trzeciej przez jego sytuację w danym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaofiarowania w pkt 3 formularza ofertowego niewłaściwej stawki podatku VAT wskazać

należy iż osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy zakres zadań dla wykonania usługi monitoringu należy uznać niezależnie od miejsca jego częściowego wykonania za

7

świadczenie kompleksowe i tym samym winna być do niego zastosowana stawka stosowana do przeważającej jego części – czyli 23%, czy też winna być stosowana stawka w zależności od podziału zakresu zadań na zadania wykonywane w obrębie bryły budynku i wykonywane poza nim.

Izba na wstępie uznaje za zasadne wskazanie, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT, bowiem zgodnie z przepisami podatkowymi wystawca faktury odpowiada za jej prawidłowość. Zauważenia wymaga fakt, że jeśli w zamówieniu łącznie występuje kilka świadczeń, z których każde mogłoby mieć samodzielny charakter, to wtedy mówimy o usługach złożonych albo kompleksowych. Nie chodzi tu oczywiście o podzielność świadczenia w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, lecz o szczególną zależność między wykonanymi czynnościami danego zamówienia. Usługę kompleksową powinien cechować związek czasowy między poszczególnymi jej elementami, tak aby stanowiły one całość i chodzi o relację między głównym, podstawowym elementem usługi, a czynnościami dodatkowymi. Elementy te powinny pozostawać w nierozdzielalnym 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. Jeżeli wykonywana jest usługa kompleksowa, to ma do niej zastosowanie stawka VAT właściwa dla świadczenia o podstawowym charakterze (dominującego). Ocena tego, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową czy też kilkoma niepowiązanymi usługami, powinna odbywać się w oderwaniu od treści umowy łączącej strony, a jedynie w oparciu o to, czy dokonywane przez podatnika czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ściśle powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter.

W sposób szczególny zdaniem Izby należy w takich sytuacjach zwrócić uwagę na kwestię, iż dla oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT nie jest istotne zapatrywanie stron postępowania w tym zakresie, gdyż prawo podatkowe zachowuje pewną autonomiczność wobec innych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego. Dlatego też również postanowienia SIWZ nie mogą mieć decydującego znaczenia i wpływu na wysokość opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Swoboda w opisie przedmiotu zamówienia i interpretacja postanowień SIWZ przez wykonawców w zakresie spraw podatkowych, nie może przekładać się w sposób bezpośredni na obowiązek podatkowy wykonawcy i nie należy z nich wywodzić stawek podatku VAT. Dlatego też dla prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego właściwej stawki podatkowej istotne znaczenie mają przede wszystkim przepisy prawa podatkowego.

8

Należy także zwrócić uwagę na kwestię, iż w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia iż mamy czynienia z odwołaniem w postępowaniu realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, czyli w postępowaniu gdzie zamawiający wskazując przedmiot zamówienia określa ramy wymagań, które wykonawca winien najpierw ująć w sporządzanym projekcie, a następnie je wykonać. Dlatego też argumentacja zamawiającego jakoby nie znał wielu kwestii co do sposobu realizacji monitoringu i tym samym zasadnym jest jego stanowisko o uznaniu tego systemu jako świadczenia kompleksowego, zdaniem Izby nie daje się obronić, gdyż w takiej formule wszystkie szczegóły co do sposobu realizacji zamówienia będą znane obu stronom postępowania dopiero po wykonaniu dokumentacji technicznej – projektowej danego zamówienia.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 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 2013 r. poz. 1719), stawkę podatku wymienioną w art 41 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług obniża się do wysokości 8% między innymi dla obiektów budownictwa

mieszkaniowego, o których mowa w art 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, a także lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12.

W uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r. (I FPS 7/12) Sąd stwierdził że: „Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem. Słowo "dotyczących" odnosi się do tego, jakich rodzajów budynków muszą dotyczyć wymienione czynności, roboty. (...) problem dotyczy obniżonej stawki podatku, a ta ma zastosowanie do czynności, robót. Kwestię możliwości rozdzielenia, należy więc odnosić do tychże robót nie zaś do możliwości funkcjonowania budynku, czy też funkcjonalnego związania infrastruktury z budynkiem. Fizycznie, jeśli chodzi o wykonywane prace, rozdzielenie takie jest możliwe i stosowane, gdyż bardzo często jeden podmiot wykonuje roboty budowlane dotyczące budynku, a inny, wyspecjalizowany, w uzgodnieniu z dysponentem sieci, wykonuje przyłącza (tak w sprawach o sygn. akt: I FSK 1189/11, I FSK 499/10, I SA/Bd 863/11)."

9

W ocenie Sądu nie ma znaczenia stopień powiązania instalacji znajdujących się poza obrębem budynku z instalacjami wewnątrz i na budynku, w tym takich, które warunkują prawidłowe działanie tych instalacji. Potwierdzają to również następne orzeczenia sądów administracyjnych (np. NSA z dnia 17 grudnia 2013 r. sygn. I FSK 1792/12), jak i interpretacje indywidualne Ministra Finansów, np. z dnia 3 lipca 2015 r. nr IBPP2/4512-347/15/JJ, gdzie wskazano, że preferencyjna stawka podatku w wysokości 8% ma zastosowanie dla robót i usług z nimi związanych wykonywanych w bryle budynku, natomiast dla usług wykonywanych poza bryłą budynku zastosowanie ma podstawowa stawka podatku w wysokości 23%, zgodnie z art 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Niewątpliwym w postępowaniu jest to, że część urządzeń i usług związanych z wykonaniem systemu monitoringu będzie realizowanych w obrębie bryły budynków mieszkalnych i lokali mieszkalnych o parametrach pozwalających na zastosowanie do wykonywanych robót 8%, stawki podatku VAT. Tego faktu nie kwestionuje także sam zamawiający, lecz jego odmienna interpretacja w tym zakresie wynika z tego, iż uznał on system monitoringu za usługę kompleksową mającą charakter samoistny, do której winna być zastosowana stawka 23%, gdyż wielkość robót dotyczących monitoringu zarówno w sensie rozmiaru, jak i wartości będzie realizowanych poza bryłą budynku.

Istotnym elementem, zdaniem Izby, wpływającym na możliwość zakwalifikowania usługi monitoringu, jako usługi wchodzącej w zakres zamówienia, ale mającej charakter usługi samodzielny jest kwestia jej związku z robotami podstawowym dotyczącymi instalacji kolektorów słonecznych oraz układów fotowoltaicznych. W szczególności należało poddać ocenie fakt, czy usługa monitoringu ma nierozzerwalny związek z realizowaną usługą główną, czy też mogła stanowić samodzielnie przedmiot innego zamówienia, a więc czy może mieć szersze samodzielne znaczenie dla zamawiającego poza tym postępowaniem, czy też jest zwykłą usługą pomocniczą.

Za usługę pomocniczą zgodnie z wyrokiem ETS z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, w którym ETS stwierdził *Usługę należy 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*", co tutaj niewątpliwie miało miejsce gdyż nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej.

Podkreślić należy iż zgodnie z treścią pkt 3.1 SIWZ będącym opisem przedmiotu zamówienia zamawiający podał, że *Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z realizacją inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i montażu instalacji odnawialnych źródeł energii (OZE), tj. instalacji kolektorów słonecznych dla wspomagania produkcji ciepłej wody użytkowej oraz układów fotowoltaicznych do produkcji energii*

urządzeniami monitorującymi. Tym samym, jak wynika z powyższego opisu usługi monitoringu nie jest oddzielną, samodzielnią częścią zamówienia, nie jest oderwana od roboty głównej, nie ma odrębnego bytu lecz jest usługą pomocniczą powiązaną z wykonaniem instalacji solarnych i fotowoltaicznych. Taki związek potwierdzają chociażby postanowienia PFU ze strony 22 gdzie zamawiający ustalił, że *po zakończeniu instalacji kolektorów słonecznych na wskazanych przez zamawiającego instalacjach wykonawca zainstaluje elektroniczny system monitoringu efektywności funkcjonowania instalacji*. Wskazuje także, że mają być zamontowane liczniki ciepła połączone bezpośrednio z instalacją kolektorów słonecznych. Zainstalowany system monitoringu ma służyć wykazaniu efektywności funkcjonowania instalacji w kontekście ich sprawności technicznej, produkcji energii i efektów ekologicznych.

Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że system monitoringu w myśl postanowień SIWZ jest częścią całego zamówienia i to on ewentualnie winien dzielić – gdyby przyjąć zamówienie jako świadczenie kompleksowe sposób opodatkowania podatkiem VAT, gdzie odwołujący zaoferował stawkę 8 %. Jednakże biorąc pod uwagę ww. przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawę 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) oraz orzecznictwo sądów administracyjnych i organów skarbowych stwierdzić należy, iż preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 8% ma zastosowanie do robót, a także usług wykonywanych w bryle budynku i to niezależnie od stopnia powiązania instalacji znajdujących się poza obrębem budynku z instalacjami wewnątrz i na bryle budynku, takich, które warunkują prawidłowe działanie tych instalacji.

Istotnym dla oceny zasadności podniesionego w odwołaniu zarzutu było także to, że zamawiający nie wykazał iż odwołujący ujął w obniżonej stawce podatkowej, dotyczącej robót monitoringu, zastosowanie urządzeń czy wykonywanie usługi ich montażu, mających miejsce poza bryłą budynku.

Błędne swoje stanowisko w zakresie stawki podatku VAT zamawiający wywodził z faktu, iż składając wniosek o dofinansowanie inwestycji w Urzędzie Marszałkowskim wskazał jakie będą miały zastosowanie w zamówieniu stawki podatku VAT, a organ dofinansowujący tego wskazania nie zakwestionował.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zasadność podniesionych zarzutów w zakresie niezasadnego: odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania oraz związany z tymi zarzutami zarzut, dotyczący ustalenia nieprawidłowej stawki VAT dla robót w obrębie bryły budynku. W pozostałym zakresie Izba nie uznała za zasadne podniesionych zarzutów z powodu ich nieudowodnienia. Izba nakazała zamawiającemu ponowne badanie ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Ponownemu badaniu nie będą podlegały oferty

innych wykonawców których oferty zostały odrzucone, a nie wniesiono od tej czynności zamawiającego odwołania do KIO.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy z § 3 pkt 1a i 2 a i b 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.). .

Przewodniczący:

.....

.....

12

13