

Sygn. akt: KIO/UZP 668 /08

**WYROK**  
**z dnia 15 lipca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Izabela Kuciak

Emil Kuriata

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu rozprawie w dniu **15 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp.j. ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Gorlice, Urząd Miejski ul. Rynek 2, 38-300 Gorlice** protestu z dnia **16 czerwca 2008 r.**

przy udziale **FEWATERM 2: F.H.U. FEWATERM Sp. j. Ferdynand Czuba, Waldemar Czuba, Chojnik 88, 33-180 Gromik, Zakład Remontowo-Budowlany, Antoni Duż, Czarna Droga 21 B, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp.j. ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp.j. ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp.j. ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miejska Gorlice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest budowa budynku komunalnego przy ul. Korczaka w Gorlicach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 kwietnia 2008 roku nr 84015-2008.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2008 roku, przekazany w dniu 11 czerwca 2008 roku poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum, w skład którego wchodzi: F.H.U. Fewaterm Ferdynand Czuba, Waldemar Czuba oraz Zakład Remontowo- Budowlany Antoni Duż , zwanego dalej Konsorcjum oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Czynność ta została oprotestowana przez Odwołującego pismem z dnia 16 czerwca 2008 roku, w którym Odwołujący zarzucił:

I. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy pzp – poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zastosowania jednolitej 7 % stawki podatku VAT dla całości robót budowlanych objętych zamówieniem.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej siwz, gdzie zamawiający wymagał, aby cena uwzględniała wszystkie obowiązujące podatki, łącznie z podatkiem VAT i podkreślił, że ustaloną formą wynagrodzenia było wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, zaś literalne brzmienie postanowień siwz, w szczególności załącznika nr 7 wzór druku oferta wskazuje na konieczność zastosowania jednej stawki podatku VAT. W ocenie Odwołującego postanowienia siwz wprowadziły Wykonawców w błąd, a Zamawiający nie skorzystał z możliwości naprawy tego błędu poprzez ewentualne wezwanie do wyjaśnienia czy przyjęte przez niego podatki mieszczą się w podanej cenie ryczałtowej i w tym zakresie Odwołujący przywołał brzmienie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy pzp.

Dodatkowo podniósł, że podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia również uwzględniała jednolitą stawkę 7 % VAT.

II. naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 ustawy pzp - poprzez brak udostępnienia przez Zamawiającego dokumentów, na podstawie których ustalono wartość zamówienia na roboty budowlane (kosztorys inwestorski, dokument potwierdzający planowane koszty robót budowlanych).

III. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp – poprzez nie odrzucenie ofert, złożonych przez wybrane Konsorcjum oraz Z.U.P.H HAŻBUD Sp. z o.o., mimo, że w tych ofertach zastosowano niewłaściwą stawkę podatku VAT. W ocenie Odwołującego wskazani Wykonawcy zastosowali nieprawidłowe stawki 22 % podatku VAT dla elementów zamówienia „Kanalizacja sanitarna”, „Przyłącz wody”, „Kanalizacja deszczowa”, zaś dla elementu „Wymiennikownia” zastosowano 7 % stawkę podatku VAT. Odwołujący wskazał, że co prawda § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24.12.2007 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy przewiduje stawkę 7 % dla obiektów budownictwa mieszkaniowego i nie obejmuje infrastruktury towarzyszącej w stosunku do której należy stosować 22% stawkę podatku VAT, to jednak w sytuacji gdy w skład robót wchodzi czynności wymienione w pozycji 138 oraz pozycji 153 załącznika do ustawy o VAT, roboty te należy opodatkować stawką 7 %. Stawka to odnosi się m.in. do robót w zakresie doprowadzania wody jak i robót w zakresie gospodarki ściekami. Zatem w ocenie Odwołującego w odniesieniu do „kanalizacji deszczowej”, „przyłącz wody”, „kanalizacji sanitarnej” należy stosować 7 % stawkę VAT.

W odniesieniu do pozycji „wymiennikownia” Odwołujący podniósł, że obniżoną stawkę podatku stosuje się jedynie do obiektów budownictwa mieszkaniowego i przytoczył definicję budownictwa mieszkaniowego określoną w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług.

W konsekwencji Odwołujący wskazał na naruszenie art. 91 ust.1 oraz 7 ust.3 – poprzez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami a także naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 – poprzez brak unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wszystkie oferty winny zostać odrzucone.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2008 roku pismem z dnia 25 czerwca 2008 roku Konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przystąpiło do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku, przekazany Odwołującemu w dniu 24 czerwca b.r. protest oddalił w części dotyczącej zarzutów co do niezasadnego odrzucenia

oferty Odwołującego i braku udostępnienia dokumentacji postępowania, w zakresie zaś dotyczącym ewentualnego odrzucenia ofert innych uczestników postępowania - protest odrzucił, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że błąd w obliczeniu stawki podatku VAT przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym nie może być traktowany jako oczywista omyłka rachunkowa zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy. Błąd taki zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną w tym zakresie należy traktować jak błąd w obliczeniu ceny, o jakim mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

W zakresie nie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum oraz Z.U.P.H HAŻBUD Sp. z o.o. Zamawiający wskazał na brak interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący nie może uzyskać zamówienia publicznego, zaś w sytuacji gdyby jego oferta nie była odrzucona to jako oferujący najniższą cenę Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu braku odrzucenia pozostałych ofert.

Z ostrożności Zamawiający ustosunkował się do podniesionych zarzutów i nie zgadzając się z Odwołującym stwierdził, że w zakresie zastosowania stawki 22 % VAT na „kanalizację” oraz „przyłącz wody” i „kanalizację deszczową”, stanowiących infrastrukturę towarzyszącą budynkowi mieszkalnemu zgodnie z obowiązującymi przepisami preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 7% nie dotyczy już tzw. infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, a zatem w przypadku robót obejmujących budowę przyłączy winna być stosowana podstawowa stawka 22 % VAT.

W zakresie zastosowania stawki 7 % na element „Wymiennikownia” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest budowa komunalnego budynku mieszkalnego wielorodzinnego, sklasyfikowanego w PKOB w dziale 11, czyli objętego w całości preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 7 %. Zgodnie z definicją obiektu budowlanego ujętą w prawie budowlanym pomieszczenia znajdujące się wewnątrz przegród budowlanych zalicza się do budynku, element „wymiennikownia” jest zgodnie z dokumentacją projektową pomieszczeniem w piwnicy budynku wielorodzinnego i stanowi integralną część budynku mieszkalnego objętego preferencyjną stawką podatku VAT.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 30 czerwca 2008 roku odwołanie zarzucając naruszenie art. 88 ust.1 pkt3 lit.a, 89 ust. 1 pkt 6 i nie wyjaśnienie kwestii stawki podatku VAT, żądając:

1. nakazania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu z udziałem oferty Odwołującego.

3. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenie kosztów wg. norm prawem przewidzianych.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 25 czerwca 2008 roku Zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i ich pełnomocników złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z postępowania posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Zgodnie ze zbiorczym zestawieniem ofert (druk ZP-12) w postępowaniu złożyło oferty czterech Wykonawców:

1. Konsorcjum Fewaterm II Ferdynand Czuba, Waldemar Czuba i Zakład Remontowo-Budowlany Antoni Duż z ceną brutto 6 210 633, 20 zł ,
2. Z.U.P.H. „Hażbud” Sp. z o.o. z ceną brutto 6 517 154, 61 zł,
3. Konsorcjum Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j. oraz Zakład Budowlano- Montażowy Grimbud Sp. z o.o. z ceną 6 097 861,02 zł,
4. Przedsiębiorstwo Budowlane Inbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. z ceną 5 605 319,04 zł,

Wykonawcy: Konsorcjum Fewaterm II Ferdynand Czuba, Waldemar Czuba i Zakład Remontowo-Budowlany Antoni Duż oraz Z.U.P.H. „Hażbud” Sp. z.o.o. zastosowali do obliczenia cen swoich ofert stawkę VAT 22 % w odniesieniu do elementów: „kanalizacja” , „przyłącz wody” i „kanalizacja deszczowa”, w pozostałym zakresie zastosowano preferencyjną stawkę 7 % obowiązującą dla budownictwa mieszkaniowego.

Pozostali Wykonawcy tj. Konsorcjum Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j. i Zakład Budowlano-Montażowy Grimbud Sp.z.o.o. oraz Odwołujący Przedsiębiorstwo Budowlane Inbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. obliczyli ceny swoich ofert w oparciu o jednolitą, preferencyjną stawkę 7 %VAT dla całości zamówienia.

Jednocześnie skład Izby ustalił, że w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującą strony formą rozliczenia jest wynagrodzenie ryczałtowe.

Powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zastosowanie jednolitej 7 % stawki podatku VAT w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, obejmującego budowę budynku komunalnego, w skład którego wchodzi również infrastruktura towarzysząca.

Dla rozpatrzenia kwestii związanej z prawidłowym zastosowaniem stawki podatku VAT konieczna jest analiza przepisów regulujących te zagadnienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 41 ust. 2 i 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług ( Dz.U. z dnia 5 kwietnia 2004 roku z póź. zm.) preferencyjną stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przywołana ustawa o podatku od towarów i usług definiuje jednocześnie pojęcie budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym i pod jego pojęciem rozumie m.in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12. Zgodnie z definicją art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług pod pojęciem obiekt budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11.

Jednocześnie art. 146 przepisów przejściowych i końcowych przywołanej ustawy stanowi, że w okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 31 grudnia 2007 roku stosuje się preferencyjną stawkę VAT 7 % w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą.

Do pojęcia infrastruktury towarzyszącej ustawodawca zalicza sieci rozpraszające wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych, urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i mała architektura a także urządzenia i ujęcia wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie, sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne pod warunkiem, że są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego.

Jak wynika z powyższych ustaleń z początkiem 2008 roku przestały obowiązywać przepisy przejściowe zezwalające na korzystanie z preferencyjnej stawki podatku VAT w odniesieniu do m.in. infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Elementy infrastruktury towarzyszącej są zatem odrębnym przedmiotem opodatkowania, nie mieszczącym się w

definicji budownictwa mieszkaniowego w odniesieniu do którego stosuje się 7 % stawkę podatku VAT. Wobec powyższego należy uznać, że w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw, aby stosować obniżoną stawkę VAT dla infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Dyspozycja art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a stanowiąca, że należy uznać za prawidłowo podaną cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia odnosi się do poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem w tym zakresie przepis ten nie dotyczy błędu w ustaleniu ceny polegającym na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT. Zatem przepis art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy pzp nie znajduje zastosowania w rozpatrywanej sytuacji, gdzie stawka podatku od towarów i usług na infrastrukturę towarzyszącą została określona w wysokości 7 zamiast 22 % , co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

Dla oceny takiego stanu faktycznego bez znaczenia jest okoliczność, jaką podnosił Odwołujący w trakcie rozprawy, że cena jest ceną ryczałtową. Błędne zastosowanie stawki podatku VAT tj. niezgodne z obowiązującymi przepisami nawet przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym nie może być traktowane jako omyłka rachunkowa a jedynie jako błąd w obliczeniu ceny oferty, z którym ustawodawca wiąże konsekwencje w postaci jej odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Pogląd ten jest również zbieżny z wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30 września 2005 roku, sygn. akt II Ca 1063/05.

Nie można podzielić także poglądu Odwołującego, że przywołane przez niego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadziły lub choćby mogły wprowadzić w błąd Wykonawców co do zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie sugerował jaką stawkę czy stawki VAT należy zastosować, zaś zarzut Odwołującego co do błędnego sporządzenia treści specyfikacji i formy jej załączników, które w jego ocenie sugerowały zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT, nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią art. 106 ustawy o podatku od towarów i usług to na wykonawcy spoczywa obowiązek określenia prawidłowej stawki podatku VAT. Zatem to Odwołujący jest zobligowany do zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa określenia wysokości podatku VAT i to on ponosi konsekwencje niewłaściwego jej podania.

Skład orzekający Izby uważa, że odmienne stanowisko i uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby interesy innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się



o zamówienie publiczne (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2003 roku, sygn. V Ca 222/03).

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący braku zastosowania w tym zakresie wyjaśnień co do podanej stawki podatku VAT, bowiem przepisy ustawy pzp nie przewidują wyjaśnienia błędnie podanej stawki podatku VAT, a art. 87 ust. 1 ustawy pzp uprawnia jedynie do występowania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i zakazuje prowadzenia negocjacji i dokonywania zmian w złożonej ofercie.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty zgłoszone w proteście i odnoszące się do ofert złożonych przez Konsorcjum Fewaterm II oraz Z.U.P.H. „Hażbud” Sp. z o.o, z uwagi na okoliczność, że nie zostały one podtrzymane w treści odwołania, co Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy. Zgodnie z brzmieniem art. 191 ust. 3 ustawy pzp Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach zawartych w nim zarzutów i żądań, które były jednocześnie poprzedzone protestem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*