

Sygn. akt KIO/UZP 1072/09

WYROK
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mariusza Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak, ul. Krakowska 31, 32-065 Krzeszowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych, ul. Filaretów 31, 43-100 Tychy** protestu z dnia 6 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Mariusza Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak, ul. Krakowska 31, 32-065 Krzeszowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mariusza Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak, ul. Krakowska 31, 32-065 Krzeszowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 065 zł 07 gr** (słownie: trzy tysiące sześćdziesiąt pięć złotych siedem groszy) przez **Mariusza Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak, ul. Krakowska 31, 32-065 Krzeszowice** na rzecz **Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych, ul. Filaretów 31, 43-100 Tychy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mariusza Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak, ul. Krakowska 31, 32-065 Krzeszowice.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Wspólnota Mieszkaniowa Nr 7/III w Tychach reprezentowana przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Termomodernizacja budynku mieszkalnego-wielorodzinnego Wspólnoty Mieszkaniowej nr 7/III w Tychach przy al. Niepodległości 44-54”.

28 maja 2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 171104-2009. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z

przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

01.07.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Budowlane – Roman Kardynał Busko-Zdrój i o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „Nowix” Mariusz Nowak Krzeszowice. Powodem odrzucenia oferty był błąd w obliczeniu ceny, którego zamawiający nie mógł poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż cena ofertowa uwzględniała dwie stawki VAT 7% i 22%, natomiast cenę należało obliczyć z zastosowaniem jednej stawki VAT w wysokości 7% (Termomodernizacja budynku mieszkalnego-wielorodzinnego). Ponadto wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IV ust. II pkt 5 specyfikacji, do oferty została załączona nieaktualna informacja banku i dlatego wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a wobec tego, że oferta i tak podlega odrzuceniu zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp i nie wezwał wykluczonego wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu.

07.07.2009 r. wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „Nowix” Mariusz Nowak Krzeszowice złożył protest na:

- 1) niesłuszne odrzucenie oferty protestującego, bazujące na błędnej interpretacji prawa podatkowego oraz zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 2) zaniechaniu wyboru wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa Mariusz Nowak na wykonawcę robót, jako spełniającej warunki zamawiającego i zgodnej z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;
- 3) uznaniu za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Usługi Budowlane Roman Kardynał Busko-Zdrój, która zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki VAT;
- 4) wyborze wykonawcy Usługi Budowlane Roman Kardynał Busko Zdrój na wykonawcę robót;
- 5) zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców:
 - a) Z-d-U.H. Łukasz Witek ul. Buscha 7/20,26-635 Kielce,
 - b) ZRB Piotr Kapusta ul. Piotrowskiego 41 Stopnica,
 - c) Spółdzielnia Rzemieślnicza w Oleśnicy, ul. Nadstawie 266, 28-222 Oleśnica,
 - d) "CLEAREX" sp. z o.o. ul. 16 Lipca 28,41-206 Chorzów,
 - e) „Danpol” M. Piechota sp. Jawna ul. Murarska 28,43-100 Tychy,
 - f) IZOLBUD sp. z o.o. ul. Powstańców Śląskich 6, 43-300 Bielsko,

- g) TERMO-EXPERT Sp. Z O.O. ul. Broniewskiego 15,47-225 Kędzierzyn Koźle,
 - h) .U.H. Fart-Trans Consulting Tomasz Ciućka ul. 1 Maja 21,43-300 Bielsko-Biała
- zawierających błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu błędnej stawki VAT.

Protestujący załączył do protestu interpretacje indywidualne Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, w Bydgoszczy i w Warszawie.

Protestujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Usługi Budowlane Roman Kardynał Busko-Zdrój;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) powtórzenia czynności badania ofert;
- 4) wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 5) odrzucenia ofert złożonych przez pozostałe firmy, których oferty bazowały na błędnej interpretacji prawa podatkowego zakresie podatku VAT dotyczącego infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu;
- 6) dokonania wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp wyboru protestującego na wykonawcę robót.

17.07.2009 r. zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutów przedstawionych przez wykonawcę NOWIX, a uwzględnił protest w zakresie zarzutów wykonawcy CLEREX.

Zdaniem zamawiającego, protestujący uwzględniając w cenie oferty dwie stawki VAT tj. stawkę 7% i 22%, błędnie zinterpretował brzmienie ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „ustawa o VAT”). Ponadto protestujący przywołując opinie nie wskazuje na ich inny zakres przedmiotowy niż postępowanie objęte protestem (szczególnie w zakresie infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, gdzie zakres wskazany w opiniach dotyczy m.in. samodzielnych robót z zakresu infrastruktury).

Zastosowanie błędnej stawki VAT jest błędem niedającym się poprawić, polegającym na przyjęciu niewłaściwych danych do obliczenia ceny, skutkujących odrzuceniem oferty.

Zamawiający podkreślił, że interpretacje podatkowe wydawane przez organy podatkowe w indywidualnych sprawach dotyczą wyłącznie stanu faktycznego wskazanego przez podatnika i nie mają w żadnym razie waloru ogólnego.

Przedmiot zamówienia, określony przez zamawiającego w specyfikacji w zakresie robot budowlanych, precyzował wykonanie termomodernizacji budynku mieszkalnego wraz z robotami towarzyszącymi składającymi się na całość zamówienia. Protestujący omyłkowo zinterpretował zakres robot wskazanych przez zamawiającego w specyfikacji, oddzielając opaskę wokół budynku od innych prac remontowo-budowlanych.

Roboty budowlane (roboty budowlano-montażowe, remonty i roboty konserwacyjne) stanowią tzw. „świadczenia złożone”, na które składa się szereg czynności mających doprowadzić do określonego efektu gospodarczego (zob. J. Jędryszczuk, E. Lis „Świadczenia złożone – problemy praktyczne na gruncie przepisów o podatku VAT”, Monitor Podatkowy nr 6 z 2006 r.).

Należy wskazać, że przedmiotowa opaska była elementem robót termomodernizacyjnych i ma na celu wyłącznie ochronę nowej elewacji przed zabrudzeniami wskutek opadów deszczu. Nie stanowi ona ze względu funkcjonalnego elementów infrastruktury wokół budynku np. chodniki, mała architektura, dojścia. Nadto, bez wykonania robót termomodernizacyjnych budynku opaska ta nie byłaby w ogóle wykonywana.

22.07.2009 r. wykonawca Firma Usługowo-Handlowa „Nowix” Mariusz Nowak Krzeszowice złożył odwołanie na niesłuszne odrzucenie jego oferty, bazujące na błędnej interpretacji prawa podatkowego oraz na zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący zrezygnował z pozostałych zarzutów dotyczących innych wykonawców i ich ofert.

Odwołujący załączył do odwołania interpretacje indywidualne Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, w Bydgoszczy i w Warszawie.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania ofert;
- 3) wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego, zamawiający musiałyby dokonać powtórzenia badania ofert. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp równego traktowania wykonawców powinnością zamawiającego byłoby zastosowanie jednakowych reguł dla każdej z ofert i w związku z tym odwołujący miałby szansę w nowym badaniu ofert, aby jego oferta została

uznana za najkorzystniejszą, czyli odwołujący miał interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niesłusznego odrzucenia oferty odwołującego, ze względu na bazowanie przez zamawiającego na błędnej interpretacji prawa podatkowego oraz zarzut zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – należy uznać za niezasadny.

Przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie jest kwestia prawidłowości zastosowanej przez odwołującego stawki VAT do wyliczenia ceny za wykonanie opaski wokół budynku. Przedmiotem zamówienia jest termomodernizacja budynku mieszkalnego-wielorodzinnego, w której zakres wchodzi ocieplenie ścian budynku i wykonanie opaski wokół budynku z płyt chodnikowych w pozycji 6 przedmiaru stanowiącego część specyfikacji cyt. „6 Opaska wokół budynku z płyt chodnikowych [...] 6.2 Chodniki z płyt betonowych, 50x50x7 cm na podsypce piaskowej z wypełnieniem spoin piaskiem”. Odwołujący zastosował do wyceny tej opaski stawkę VAT w wysokości 22%. Na tej podstawie zamawiający odrzucił ofertę i w związku z tym zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp stwierdzając, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie odwołujący zamierzał zastosować podstawową stawkę VAT w wysokości 22% do kwestionowanej wyceny opaski wokół budynku z płyt chodnikowych. Odwołujący wyszedł z błędnego założenia, że preferencyjna stawka VAT w wysokości 7% może być zastosowana tylko do wyceny elementów w bryle budynku abstrahując od celu, któremu służy wyceniany element. Otóż, jak trafnie wskazuje to zamawiający, celem opaski jest ochrona budynku przede wszystkim przed zalewaniem i innymi czynnikami atmosferycznymi, a także przed zabrudzeniem elewacji. Opaska nie jest elementem samoistnym, ale elementem stanowiącym konieczne wykończenie samej elewacji i ocieplenia budynku. Tak należy traktować przedmiotową opaskę mimo, że wykracza ona poza obrys bryły budynku. Podobnie poza obrys bryły budynku wykracza instalacja odgromowa, ale stanowi ona istotny czynnik ochrony budynku.

W XXI wieku nie można mówić o wykończeniu budynku bez zainstalowania odgromników, służących ochronie budynku. Podobnie należy traktować opaskę – jako element niezbędny i integralnie związany z ociepleniem budynku i elewacją.

Ponadto zamawiający wykazał, że opaska wokół budynku nie pełni żadnych innych funkcji, a w szczególności nie pełni funkcji komunikacyjnych, gdyż jest do pełnienia takiej funkcji dalece zbyt wąska – szerokość opaski jest określona na około 50 cm, a minimalna szerokość chodnika wynosi 150 cm, aby mógł on pełnić funkcje komunikacyjne i być

elementem infrastruktury towarzyszącej, do wyceny której należy stosować podstawową stawkę VAT w wysokości 22%.

Wobec tego zamawiający musiał odrzucić ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż w istocie oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny, ponieważ odwołujący zastosował do obliczenia podatku niewłaściwą, podstawową stawkę VAT w wysokości 22%, zamiast stawki wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia, czyli preferencyjną stawkę VAT w wysokości 7%.

Wynikiem zastosowania niewłaściwej stawki VAT, cała cena ofertowa została obliczona błędnie, a wobec tego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Na marginesie należy dodać, że w ofercie nie można znaleźć omyłki, gdyż odwołujący właśnie zamierzał obliczyć cenę oferty w sposób, jaki tego dokonał. W związku z tym nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp, który można zastosować tylko w przypadku poprawienia w ofercie omyłki. Odwołujący nie załączył do oferty pełnego zakresu właściwych dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, jednak zamawiający nie wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia tych dokumentów w wyznaczonym terminie, gdyż mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na wyżej wykazanej podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Skład orzekający Izby stwierdza, że w związku z koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający był uprawniony nie stosować procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp i bez dokonania czynności wezwania odwołującego o uzupełnienie dokumentów, zamawiający zasadnie od razu odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę załączonych do protestu i odwołania Interpretacji indywidualnych Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, w Bydgoszczy i w Warszawie, gdyż interpretacje te nie dotyczyły rozpoznawanego postępowania i dotyczyły innego stanu faktycznego. W rozpoznawanym postępowaniu problemem jest zastosowanie stawki VAT do opaski z płyt chodnikowych będącej integralną częścią ocieplenia i elewacji budynku, a interpretacje dotyczą:

- 1) wykonania opaski brukowej wokół budynku oraz wejść do budynku (w tym wykonanie schodów wejściowych z kostki brukowej) – str. 1 Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach;
- 2) wykonania infrastruktury towarzyszącej, a w szczególności m.in. dróg, dojścia, dojazdów – str. 2 Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy;
- 3) wykonania w szczególności chodników – str. 2 Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 26 ust. 3 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty związane z dojazdem i koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 065,07 zł na podstawie faktury i kosztów przejazdu złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....