

Sygn. akt: KIO/UZP 1405/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Agnieszka Bartczak- Żuraw

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 lipca 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu, ul. Tymona Terleckiego 6, 37-700 Przemyśl protestu z dnia 18 czerwca 2010 r.,

przy udziale wykonawców:

a) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: INŻYNIERIA RZESZÓW Sp. z o.o., Hartbex Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

b) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: BEST Construction Sp. z o.o., Karpat-Bud Sp. z o.o., ul. M. Reja 12, 35-211 Rzeszów zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40;**

2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40.**

U z a s a d n i e

Odwołanie (data nadania 2.07.2010r.) zostało wniesione przez wykonawcę - Konsorcjum - Budimex S.A. - lider oraz Ferrovia Agroman S.A. [dalej Konsorcjum Budimex lub Odwołujący] z Warszawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku dydaktycznego i budynku akademika wraz z przyłączami, drogami i małą architekturą w ramach projektu: „Rozbudowa bazy dydaktycznej - kampusu PWSW w Przemyślu” Program Operacyjny Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013 Oś priorytetowa I: Nowoczesna Gospodarka, Działanie 1.1 „Infrastruktura uczelni”. W odwołaniu tym (tak jak i w proteście) Odwołujący stwierdził, że Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez jego niezastosowanie, naruszenie normy prawnej wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych [ustawa PZP] poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, tj. niezgodnej z ustawą o cenach oraz z ustawą o podatku od towarów i usług, oraz naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez wybór oferty sprzecznej z siwz, gdyż Zamawiający żądał, aby cena obliczona została z zastosowaniem obowiązujących przepisów o VAT. Wskazując na powyższe wniósł o: (1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (2)dokonanie czynności zaniechanej, tj. odrzucenie oferty wykonawcy

Konsorcjum Best, jako zawierającej błąd w obliczaniu ceny, poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, (3) dokonanie czynności zaniechanej, tj. odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Resbex, jako zawierającej błąd w obliczaniu ceny, poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, oraz (4) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w kryteriach oceny ofert spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu. W uzasadnieniu odwołania podał, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest przedmiotem jednolitym i zgodnie z treścią siwz składa się z dwóch budynków: (1) trójkondygnacyjnego budynku dydaktycznego z nieużytkowym poddaszem na planie litery L, oraz (2) budynku akademika dwu a w części trzykondygnacyjnego z nieużytkowym poddaszem na planie litery C. Zdaniem Odwołującego, w treści siwz (str.3) Zamawiający doprecyzowując opis budynku akademika podał, że „podstawową funkcją budynku jest funkcja mieszkalna. Zaprojektowano segmenty z pokojami mieszkalnymi i łazienkami - dodatkowo na poszczególnych kondygnacjach pomieszczenia z funkcją kuchenną oraz pomieszczenia socjalne i administracyjne (...)”. Tym samym zdaniem Odwołującego dla ważności oferty niezbędne było zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT, gdyż jest to niezbędna składowa ceny, a jej nieprawidłowe zastosowanie stanowi kwalifikowany błąd w obliczaniu ceny. Zgodnie bowiem z ustawą VAT, a konkretnie z jej art. 41 oraz uzupełniającym go (w zakresie w jakim obiekty budownictwa mieszkaniowego nie są zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym) przepisem § 37 pkt 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2009 r., Nr 224, poz. 1799 ze zm. dalej: Rozporządzenie VAT), w okresie do dnia 31 grudnia 2010 r., dla obiektów i robót budowlano - montażowych dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy VAT, a po tej dacie dla obiektów i robót budowlano montażowych dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stosuje się obniżoną do 7% stawkę podatku VAT. W myśl art. 2 pkt 12 ustawy dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne sklasyfikowane w dziale 11 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB). Z kolei za obiekty budownictwa mieszkaniowego zaliczone do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym uważa się m.in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części z wyłączeniem lokali użytkowych z wyłączeniem budynków mieszkalnych jednorodzinnych których p.u. przekracza 300m² oraz lokali mieszkalnych, których p.u. przekracza 150m². Sam Zamawiający nie tylko wskazał na mieszkalny charakter budynku akademika, ale ponadto narzucił w treści siwz, iż warunkiem koniecznym było różnicowanie stawki podatku

VAT. Zamawiający w § 9 pkt 3 oraz w § 10 pkt 2 podpunkt a) jednoznacznie powołał się na załącznik nr 2, tj. „zestawienie wynagrodzenia za elementy przedmiotu zamówienia”, w którym należało wskazać wartość elementu netto oraz cenę brutto. Sam Zamawiający wskazał, że całe elementy wskazane w zestawieniu będą podlegały fakturowaniu. Co więcej zestawienie elementów było przez Zamawiającego wymagane odpowiednio dla budynku dydaktycznego (zgodnie z opisem pod tabelą formularza dla załącznika nr 2 do siwz). Jak wynika z powyższego podział elementów dla każdego z budynków oraz podanie osobno wartości netto oraz cen brutto jednoznacznie wskazywały na konieczność obliczenia stawki VATu w taki sposób, aby było to zgodne z klasyfikacją obiektu budowlanego a co za tym idzie, aby naliczona została odpowiednia stawka VAT. Zdaniem Odwołującego gdyby stawka podatkowa była Zamawiającemu obojętna dopuściłby sporządzenie jednego zestawienia dla całości przedmiotu zamówienia bez konieczności rozbicia tak na obiekty, jak również wskazywania ceny - dopuszczając pozostawianie jedynie wartości netto. Ponadto konieczność podania prawidłowej stawki VAT wskazał Zamawiający w projekcie umowy w § 4, gdzie wskazano na zobowiązanie Zamawiającego do zapłacenia wynagrodzenia netto plus „podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami”. Tym samym wszyscy wykonawcy zostali zobligowani do naliczenia nie jakiegokolwiek stawki VAT, a do obliczenia jej w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami. Naliczenia jej w sposób nieprawidłowy, szczególnie ze względu na brak możliwości poprawienia nieprawidłowego VAT-u w toku postępowania jednoznacznie stanowi o konieczności odrzucenia ofert powołanych Konsorcjów. Nieważność ofert oraz konieczność ich odrzucenia wynika nie tylko z oczywistego kwalifikowanego błędu w obliczaniu ceny, jakim jest zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT- u, ale również na złożenie przez Konsorcja ofert w sposób oczywisty sporządzonych niezgodnie z siwz, gdyż obowiązkiem wykonawców było sporządzić ofertę z zastosowaniem obowiązującej stawki VAT, tj. prawidłowej, zgodnej z przepisami prawa podatkowego. Ponadto niezgodność ofert z ustawą o podatku od towarów i usług powoduje nieważność ofert na podstawie odrębnych przepisów, ponieważ jest sprzeczna z normami prawa powszechnie obowiązującego, a taki status w polskim systemie prawnym ma właśnie ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535). Za nieuprawnione również uznał stanowisko Zamawiającego, iż wybór oferty Konsorcjum Budimex spowodowałby automatycznie konieczność unieważnienia postępowania. Są to bowiem odrębne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Oddalając protest Zamawiający stwierdził, że zarzuty wykonawcy dotyczące naruszenia przepisów pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 8 opierają się wyłącznie

na jednej przesłance, tj. naliczeniu stawki podatku VAT w wysokości 22% dla budynku akademika, podczas gdy zdaniem Protestującego do tego budynku należy stosować obniżoną do 7% stawkę podatku VAT na podstawie § 37 pkt. 1 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 z 2009 r., poz. 1799 ze zm.). Wykonawca dowodzi, że zastosowanie w ofertach Konsorcjum stawki 22% zamiast 7% spowodowało błąd w obliczeniu ceny, którego nie da się poprawić w sposób zgodny z ustawą pzp, nieważność ofert na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ich niezgodność ze siwz. Zamawiający wyjaśnił, że nie jest uprawniony do kwestionowania stawek podatku VAT zawartych w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a przyjęcie przez Wykonawcę stawki .podatku VAT w wysokości odmiennej niż wynika to z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny. W tym przypadku zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO, z którego zdaniem Zamawiającego wynika, że (...) przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp nie obejmuje swoją hipotezą przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę stawki VAT w wysokości niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535m, z późn. zm.). Wprawdzie zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dotyczącym zamówień publicznych dominuje stanowisko przeciwne, jednak opiera się ono na odmiennej, co nie znaczy bardziej uprawnionej, wykładni przywołanego przepisu, polegającej przeważnie na utożsamianiu w sposób dorozumiany pojęcia błędu w obliczeniu ceny z niezgodnym z przepisami podatkowymi naliczeniem VAT przez płatnika tego podatku. (...) błąd w obliczeniu ceny może odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, nieobjęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń itp.), a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia podejmują świadome decyzje przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, czyniąc to pod rygorem odpowiedzialności za nieprawidłowości w tym zakresie, z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie. Nie ma zatem dostatecznych argumentów, aby poprzez tego typu interpretację przepisu nakładać de facto na zamawiającego obowiązki i kompetencje, niejednokrotnie przekraczające jego możliwości, przypisane organom skarbowym państwa. Zamawiający nie jest i nie powinien być traktowany jako organ podatkowy weryfikujący wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Wskazał także, że (...) przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który stanowi o odrzucaniu ofert zawierających błędy w obliczaniu ceny nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę nieprawidłowej w świetle przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) stawki VAT. Tym samym brak jest w ustawie normy stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z ww. powodu. Wobec braku przepisu, który dosłownie w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do stosowania

nie obowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, tradycji orzeczniczej nie uwzględniającej kolejnych zmian legislacyjnych w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 87 i 88 Pzp, niż uwzględniającym kontekst legislacyjny i kierunek dokonywanych zmian w przepisach, interpretowaniem prawa. (...) utożsamienie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką VAT jest utożsamieniem nieuprawnionym. (...) błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń ... etc ...), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki VAT, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie). (...) nie ma dostatecznych argumentów, aby poprzez tego typu interpretację przepisu nakładać de facto na zamawiającego, niejednokrotnie przekraczające jego możliwości i kompetencje, obowiązki przypisane dla aparatu skarbowego państwa. Zamawiający nie jest i nie powinien być traktowany jako organ podatkowy weryfikującym wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Dalej wskazał, że (...) to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT. (...) jeżeli Zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną, nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej do zobowiązania wykonawców do stosowania się do jej treści. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w siwz, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. (...) Zamawiający nie dysponując interpretacją indywidualną, nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT, a w konsekwencji do odrzucenia ofert wskazanych przez Odwołującego się. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT a tym samym nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy. Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi swoiste przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 pzp). Przepisy Kodeksu cywilnego sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano nie przewidują, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Ponadto zawsze, niezależnie od zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki VAT w trakcie oceny ofert porównywana jest cena brutto, którą następnie zamawiający zapłaci i która niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym pozostanie niezmienną w całym okresie realizacji zamówienia, a czynność cywilnoprawna nieprawidłowo

opodatkowana i rozliczona w tym zakresie nie jest dotknięta sankcją nieważności. Za nieuprawnione należy uznać stanowisko, iż przyjęcia różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta w tym przypadku nie doznaje uszczerbku - wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisywanej w art. 91 ust. 3a pzp) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT. W konkluzji Zamawiający podaje, że stawka podatku YAT w wysokości 22% dla budynku akademika została zastosowana nie tylko przez wymienione Konsorcja, ale również przez Konsorcjum Firm Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o. (lider) Hartbex Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Inżynieria). Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że 22% stawka podatku VAT zastosowana przez wskazane Konsorcja jest podstawową stawką podatku VAT. Stawki zastosowane przez wnoszącego protest oraz Mostostal Warszawa S.A. są obniżonymi stawkami preferencyjnymi. Cena najkorzystniejszej oferty wybranej w postępowaniu została ustalona w oparciu o 22% stawkę podatku VAT. Z powyższego wynika, że zastosowana stawka podatku nie wpłynęła na ocenę ofert. Zamawiający zwraca uwagę, że zastosowanie 7% stawki podatku YAT dodatkowo obniżyłoby cenę oferty wybranej jako najkorzystniejsza, co w konsekwencji zwiększyłoby jeszcze różnice punktowe w kryterium cena. Zamawiający stwierdził także, że przy założeniu, iż odrzucone zostałyby oferty ze stawką podatku VAT w wysokości 22% dla budynku akademika, w postępowaniu pozostałyby jedynie oferty złożone przez wnoszącego protest wykonawcę i przez Mostostal Warszawa S.A. Oceniając te oferty zgodnie z przyjętymi kryteriami wyżej punktowaną ofertą byłaby rzeczywiście oferta złożona przez wnoszącego protest. Jednak Zamawiający informuje, że wybór oferty złożonej przez Protestującego doprowadziłby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4, ponieważ cena zaofferowana przez Protestującego jest wyższa niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (rj. 27.515.107,05 zł).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca - Konsorcjum BEST Construction sp. z o.o., Karpat-Bud sp. z o.o. (dalej Wykonawca) oraz Inżynieria Rzeszów sp. z o.o. – Lider Konsorcjum. W zgłoszeniu przystąpienia Konsorcjum BEST Construction, odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazał, że są one bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Wykonawcy odwołanie winno zostać oddalone ze względu na brak interesu prawnego Odwołującego. Zgodnie z treścią SIWZ (str. 13 punkt X) w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekroczy kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zamawiający stwierdził jednoznacznie, że unieważni postępowanie. Złożona przez Odwołującego oferta istotnie

przekracza kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na zamówienie. Zamawiający również w rozstrzygnięciu protestu dał wyraz, iż nie zamierza zwiększać kwoty jaką może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie może liczyć na zawarcie umowy o udzielenie zamówienia, a więc nie ma interesu prawnego, który został przez Odwołującego wskazany w odwołaniu, w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Dalej podał, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż cena oferty Wykonawcy została obliczona zgodnie z obowiązującymi przepisami, a wszelkie zarzuty w tym zakresie Odwołującego są bezpodstawne. Część prac traktowanych samodzielnie do dnia 31 grudnia 2010 r. jest objęta preferencyjną stawką podatku VAT. Odwołujący wprawdzie twierdzi, iż po tym dniu w dalszym ciągu będzie miała zastosowanie do tych robót stawka 7%, niemniej tego rodzaju twierdzenia nie znajdują podstaw w obowiązujących przepisach. Z normy ogólnej art. 41 ustawy VAT można wywieść, iż do każdego towaru czy usługi należy stosować podstawową stawkę podatku VAT, chyba, że z innych przepisów wynika możliwość zastosowania stawki preferencyjnej. Odwołujący nie wskazał przy tym, w jaki sposób wyinterpretował, iż po 31 grudnia 2010 r. do przedmiotu zamówienia winna być stosowana preferencyjna, a nie podstawowa stawka podatku. Nie przedstawił na poparcie swoich twierdzeń żadnych dowodów. Należy zatem przyjąć, iż część prac przewidzianych do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia (rozumianych jako prace samodzielne) do 31 grudnia 2010 r. jest objęta preferencyjną stawką podatku od towarów i usług (VAT). Niemniej z uwagi na poszczególne zapisy siwz ta informacja nie miała żadnego wpływu na treść sporządzanych ofert oraz na sposób wyliczenia ceny. Jak wskazywał Odwołujący, Zamawiający w siwz określił, iż cena winna zostać obliczona zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zmiana stawki VAT jest powszechnie znana i wynika z obowiązujących przepisów. Wydaje się być oczywistym i zgodnym ze sztuką budowlaną, iż prace objęte w chwili składania ofert 7% stawką VAT zostaną wykonane po 31 grudnia 2010 r. Nawet Odwołujący tego faktu zdaje się nie kwestionować stwierdzając, iż „zmiana prawa może zostać wskazana jako okoliczność powodująca konieczność zmian w ofercie, w przypadkach przewidzenia takich zmian zgodnie z art. 144 pzp.” Wydaje się zatem, iż Odwołujący sporządzając ofertę założył wprost, iż w toku składania ofert zastosuje preferencyjną stawkę podatku VAT, natomiast po 31 grudnia 2010 r. będzie wnosił o dokonanie zmian w obowiązującej umowie z uwagi na zmianę stanu prawnego. Pomijając fakt oceny tego rodzaju zachowania w świetle zasad uczciwej konkurencji należy uznać, że zmiana umowy w sytuacji, gdy treść zmian w przepisach prawa była znana w momencie składania ofert, musi zostać uznana za niedopuszczalną w świetle art. 144 pzp. oraz obowiązujących w tym zakresie poglądów i wytycznych. Ponadto Odwołujący w treści odwołania całkowicie pominął postanowienia siwz w zakresie dotyczącym sporządzenia oferty cenowej. Zamawiający wprawdzie jednoznacznie określił, iż oferta winna zostać sporządzona z uwzględnieniem

podatku VAT naliczonego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Jednocześnie, zarówno w formularzu oferty, jak i w projekcie umowy, Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż cena oferty jest ceną ryczałtową - brutto. Nie powinno więc budzić wątpliwości wykonawców, iż będzie to cena niezmienna w całym okresie obowiązywania umowy. Tym samym wykonawcy winni sporządzić oferty z uwzględnieniem wszelkich czynników mających wpływ na ich treść, w tym również wzrost podatku VAT. Oczywistym jest, iż obowiązek podatkowy nie powstaje w dniu upływu terminu składania ofert, Tym samym wydaje się, iż wykonawcy sporządzając ofertę w przedmiotowym postępowaniu winni również uwzględnić wzrost wartości zamówienia wynikający ze zmian w przepisach prawa. Nie sposób zatem stwierdzić, iż wykonawca, który uwzględnił wszystkie te okoliczności, sporządził ofertę i dokonał wyceny w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Nie sposób również stwierdzić, iż dokonana przez wykonawcę wycena została sporządzona w sposób sprzeczny z siwz. Zamawiający nie zamieścił żadnych wytycznych w tym zakresie poza wskazanymi powyżej. Skoro zatem wykonawcy winni byli określić w ofercie cenę ryczałtową, a powszechnie znaną była zmiana stawki VAT w trakcie realizacji zamówienia, to zgodną z przepisami była dokonana wycena, która wszystkie te okoliczności uwzględniała. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2009 r. (sygn. akt I FSK 1898/07): „Roboty budowlane (roboty budowlano-montażowe, remonty i roboty konserwacyjne) stanowią tzw. świadczenia złożone, na które składają się różne czynności, mające doprowadzić do określonego efektu gospodarczego. Przy czynnościach o charakterze kompleksowym, jak te, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z ust. 2 tego artykułu i w związku z art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług, na które składa się czynność podstawowa, będąca celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług, należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności: biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej” Podobnie w niniejszym postępowaniu Wykonawcy zostanie powierzony określony zespół czynności, które mają doprowadzić do jednego celu gospodarczego, to jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Na przedmiot ten składają się czynności objęte stawką VAT w wysokości 22 % oraz istotnie mniejsze, co do wartości objęte (o ile zostaną w całości wykonane do dnia 31 grudnia 2010 r.) stawką 7 %. Prace, które zgodnie z twierdzeniami Odwołującego winny zostać objęte 7 % stawką VAT, (czemu Wykonawca zaprzecza) stanowią mniej niż 30 % wartości całego zamówienia. Biorąc pod uwagę kompleksowy charakter zleconych prac należy, zgodnie z cytowanym wyżej wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego, do całości przedmiotu zamówienia zastosować 22 % stawkę podatku VAT już na dzień składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, w tych okolicznościach faktycznych oraz uwzględniając podstawy prawne podnoszonych w odwołaniu zarzutów, co do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 6 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 8 ustawy PZP, stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Oddalając odwołanie KIO miała na względzie przepis art.41 ust.2 oraz ust. 12 i ust. 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz.535 ze zm.), [dalej ustawa VAT] i orzecznictwo sądów administracyjnych w aspekcie podatku VAT. Z orzecznictwa tego przede wszystkim wynika, że nie ma żadnego uzasadnienia dla dzielenia jednej usługi (w tym przypadku roboty budowlanej) w celu opodatkowania jej różnymi stawkami podatku VAT. Izba zwraca także uwagę, że orzecznictwo administracyjne (patrz: wyrok NSA z 8 lipca 2008r. I FSK 871/07), wpisuje się w linię orzeczniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który m.in. w wyroku w sprawie C-41/04 stwierdził, że jeśli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) (...) są tak związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej. Izba stwierdza także (tak jak to wynika z orzecznictwa NSA), że polskie przepisy o VAT nie zawierają żadnej podstawy prawnej, która nakazywałaby podział usługi świadczonej przez podatnika na odrębne części. Nie ma też żadnych podstaw, na których należałoby oprzeć metodologię podziału usługi czy roboty budowlanej na części składowe. Zatem robotę budowlaną będącą przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu można traktować jako całość i dla całości przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT. Z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika także, że art. 29 ust.1 ustawy VAT nakazuje przy ustalaniu podstawy opodatkowania brać pod uwagę, co do zasady całość świadczenia, na które strony umówiły się i zastosować jednolitą stawkę podatku VAT. Dokonanie podziału transakcji na poszczególne elementy, a w konsekwencji zastosowanie różnych stawek podatkowych, jest dopuszczalne – jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych - jeżeli strony tak postanowiły i wtedy poszczególne roboty mogą być opodatkowane różnymi stawkami podatkowymi.

Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszej sprawie podzieliła pogląd Zamawiającego, iż zakres robót objętych zamówieniem stanowi jednolitą całość i tworzy kompleksowe zadanie inwestycyjne i tym samym na gruncie przepisów ustawy o VAT nie oznacza to zastosowania różnych stawek podatku VAT. Izba ustaliła bowiem, że w tym postępowaniu Zamawiający wymagał [pkt VIII siwz oraz załącznik nr 1] podania w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego

za całość robót objętych przedmiotem zamówienia, bez podziału na obiekty. Funkcja załącznika nr 2 (str 10 siwz) została zdefiniowana jako podstawa określania zaawansowania robót i sporządzania protokołów odbioru oraz rozliczeń finansowych między Zamawiającym a wykonawcą. Także w projekcie umowy (§ 4) wynagrodzenie ryczałtowe odniesiono do całości zadania inwestycyjnego. Wobec tak sformułowanych postanowień wykonawca przedstawił w ofercie jedną cenę (wartość brutto) za realizację przedmiotu zamówienia, do której przyjęto jedną stawkę podatku VAT obowiązującą dla robót budowlano-montażowych, w wysokości 22%.

Zdaniem Izby, kwalifikując do oceny wyłącznie cenę z podatkiem VAT (wartość brutto) za wykonanie zamówienia, Zamawiający pozostawia wykonawcy kwestię przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT, który to wykonawca ponosi wyłączne ryzyko przed organami skarbowymi. Przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania, o ile nic innego nie wynika z dokumentacji przekazanej wykonawcom, można pogodzić, zdaniem Izby, z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta w tym przypadku nie doznaje uszczerbku - wykonawcy w każdym przypadku przedstawiają bowiem cenę, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT.

Izba zwraca także uwagę, że jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów, a prawidłowość interpretacji podlega ocenie sądu administracyjnego [art. 14c § 1 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 3 § 2 pkt 4a ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym]. Zatem, jeśli Zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną dla konkretnej sprawy, nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej do zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. To oznacza - mając na względzie także art. 6 kc - że w niniejszej sprawie Zamawiający nie był zobowiązany do dokonania odrzucenia ofert wskazanych przez Odwołującego, na podstawie jedynie przekonania Odwołującego o konieczności zastosowania w przedmiotowym zamówieniu określonych stawek VAT. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż to podatnik jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do określenia stawki podatku VAT dla świadczonych usług, Odwołujący nie może domagać się skorygowania stawki przypisanej przez innego podatnika, jedynie na podstawie własnego poglądu, wynikającego z samodzielnie przeprowadzonej interpretacji przepisów prawa. Powyższe, pozostawałoby w sprzeczności z powoływanymi przepisami prawa.

Na marginesie Izba zauważa, że ustawodawca nie przyznał Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do rozstrzygnięcia sporów w zakresie prawa podatkowego. Zdaniem Izby, kompetencja ta nie może być domniemywana. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w opinii Izby, nie stanowi o kognicji Izby w tym zakresie. Skoro bowiem, zamawiający nie ma podstaw do określania w sposób wiążący dla podatnika stawek podatku VAT, które to uprawnienie przysługuje organom podatkowym, to również Izbie, w trybie dokonywania kontroli decyzji zamawiającego, takie uprawnienie nie przysługuje.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza, przy wydawaniu rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie miała na względzie, iż ogłoszenie o zamówieniu w zakresie tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2009 r., a zatem do tego postępowania mają zastosowania przepisy ustawy w brzmieniu przed jej nowelizacją, dokonaną ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy PZP. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu. 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 ze zm.), KIO rozstrzyga o uzasadnionych kosztach uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Przedłożony rachunek dotyczy usługi prawnej świadczonej na rzecz Zamawiającego za miesiąc czerwiec 2010 r. oraz kosztów dojazdu do Przemysła w dniu 10 czerwca 2010 r., a zatem nie dotyczy wynagrodzenia pełnomocnika związanego z tym postępowaniem odwoławczym, a także nie dotyczy kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby.

Pouczenie:

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....