

Sygn. akt: KIO 2468/12
Sygn. akt: KIO 2473/12
Sygn. akt: KIO 2493/12

WYROK

z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

członkowie: Katarzyna Brzeska

Agnieszka Bartczak - Żuraw

Protokolant: Paulina Nowicka

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **9 listopada 2012 r.** przez wykonawców:

- A. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 90, 42-300 Myszków, sygn. akt KIO 2468/12,**
- B. K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... 32-310 Klucze, Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, sygn. akt KIO 2473/12,**
- C. P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, sygn. akt KIO 2493/12,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza,** przy udziale wykonawcy: **P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2473/12, po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołania: sygn. akt: KIO 2468/12; sygn. akt: KIO 2473/12; sygn. akt:**

KIO 2493/12 i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy:
**Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A. P..... i Spółka”
Spółka z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej,**
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołujących:
 - A) **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 90, 42-300 Myszków, sygn. akt KIO 2468/12,**
 - B) **K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... 32-310 Klucze, Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, sygn. akt KIO 2473/12,**
 - C) **P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, sygn. akt KIO 2493/12,**
- 1.3. dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert odwołujących:
 - A) **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 90, 42-300 Myszków, sygn. akt KIO 2468/12,**
 - B) **K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... 32-310 Klucze, Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, sygn. akt KIO 2473/12,**
 - C) **P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, sygn. akt KIO 2493/12,**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza,

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: A) **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 90, 42-300 Myszków, sygn. akt KIO 2468/12,** wpisu od odwołania,
- 2.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: B) **K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K.....**

Ć..... **32-310 Klucze, Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, sygn. akt KIO 2473/12**, wpisu od odwołania,

2.3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez wykonawcę: **C) P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, sygn. akt KIO 2493/12**, wpisu od odwołania.

3. Zasadza od zamawiającego: **Gminy Dąbrowa Górnicza ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza**, na rzecz:

3.1. **A) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 90, 42-300 Myszków, sygn. akt KIO 2468/12**, kwotę **13 600,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. **B) K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... 32-310 Klucze, Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, sygn. akt KIO 2473/12**, kwotę **13 920,50 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

3.3. **C) P.B. DOMBUD S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, sygn. akt KIO 2493/12**, kwotę **10 246,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2468/12

Sygn. akt: KIO 2473/12

Sygn. akt: KIO 2493/12

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej” (ogłoszonym w BZP poz. 316376, z 27.08.2012 r.), wobec powiadomienia w dniu 5 listopada 2012 r. o czynności odrzucenia ofert - w dniu 9 listopada 2012 r. zostały złożone odwołania, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym - przez następujących wykonawców:

- A. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie,
- B. K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... z siedzibą w miejscowości Klucze,
- C. P.B. DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach,

Odwołujący zarzucili zamawiającemu: Gminie Dąbrowa Górnicza naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt KIO 2468/12

A. Odwołujący Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Sp. z o.o. (dalej zwany POL-REM) zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zastosowanie tego przepisu przy wadliwym przyjęciu, że odwołujący złożył ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Spółka z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej mimo, że wykonawca miał wyższą cenę ofertową niż odwołujący oraz wskazał w swoich wyjaśnieniach, że źle naliczył stawkę podatku VAT na przyłącze kablowe oraz faktycznie wadliwie naliczył stawkę podatku VAT na wyposażenie (8% a winno być 23%);
3. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zamieszczenie lakonicznego

uzasadnienia prawnego co do przyczyn odrzucenia oferty odwołującego tzn. zamawiający w uzasadnieniu prawnym nie wyjaśnił przyczyn dla których zasadne jest przyjęcie stawki 8% a jedynie arbitralnie przyjął, że wykonawca wadliwie ustalił cenę z naliczeniem podatku w stawce 23%;

4. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art.7 ust. 1 ustawy Pzp przez brak uzasadnienia prawnego co do uznania, że cena wybranego wykonawcy została prawidłowo naliczona kiedy to wykonawca sam w swoich wyjaśnieniach wskazał, że zastosował wadliwą stawkę podatkową co do przyłączy kablowych a nadto zamawiający nie wyjaśnił dlaczego obniżona stawka podatku VAT na wyposażenie przyjęta przez wybranego wykonawcę jest prawidłowa. Taka czynność zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A. P..... i Spółka” Spółka z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej jako najkorzystniejszej,

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności wyboru ofert.

3. w przypadku złożenia przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcie umowy wnosił o jego oddalenie.

4. przyznania wszystkich kosztów wywołanych postępowaniem odwoławczym według norm prawem przepisanych.

Nadto odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

a) opinii prywatnej podatkowej sporządzonej w dniu 6 listopada 2012 roku przez doradcę podatkowego A..... J..... – S..... z ATA Tax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Katowicach

b) opinii prywatnej doradcy podatkowego M..... K..... z Kancelarii K..... i Wspólnicy Biegli Rewidenci i Konsultanci Podatkowi Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie sporządzonej w dniu 6 listopada 2012 r. oraz

c) pomocniczo z interpretacji indywidualnych wydanych w sprawach IPTPP2/443- 218/11-2/JS, IPTPP2/443-349/11-2/JSJPTPP3/443-109/11-4/BJ, IPTPP3/443-109/11- 4/BJ

- na okoliczność zasadności naliczenia stawki 23% podatku od towarów i usług od wyposażenia opisanego w kosztorysie ofertowym – wyposażenie.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający niezasadnie przyjął, iż wykonawca do robót ujętych w kosztorysie ofertowym pod nazwą:

- wyposażenie i umeblowanie zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT przyjmując ją na poziomie 23% a nie 8%. Zamawiający w powołaniu na orzecznictwo w tym uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 a także uchwałę KIO z dnia 21 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 54/12 uznał, że jest to błąd w ustaleniu ceny co spowodowało zastosowanie normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych i odrzucenie oferty odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty nie wyjaśnił przyczyn dla których zasadne jest przyjęcie stawki 8% a jedynie arbitralnie przyjął, że wykonawca wadliwie ustalił cenę z naliczeniem podatku w stawce 23%. Zamawiający wybrał natomiast ofertę Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A. P..... i Spółka” Spółka z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej pomimo tego, że cena ofertowa była znacząco wyższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego a nadto ten przedsiębiorca zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT przy kalkulacji ceny i to oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

Odwołujący wyjaśniał, że złożył ofertę w tym postępowaniu, wskazując, że na dostawę i montaż kuchenki 4-ro palnikowej z piekarnikiem (zasilanie kuchenki elektryczne) oraz dostawę i montaż szafki pod zlewozmywak naliczony zostanie podatek VAT w stawce 23% i z takim podatkiem została podana cena ofertowa.

Zamawiający wystąpił pismem z dnia 5 października 2012 roku o złożenie wyjaśnień w powołaniu na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie treści złożonej oferty tzn. wskazania podstawy prawnej przyjętych stawek podatku VAT. Odwołujący złożył pisemne wyjaśnienia w dniu 10 października 2012 r. Wykonawca podniósł wtedy, że stawka podatku VAT wynika z art. 41 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011, Nr 177, poz.1054 z późn. zm.) [zwanego dalej ustawą o VAT]. Swoje stanowisko wykonawca poparł artykułem (opinią) D..... D..... doradcy podatkowego w kancelarii prawnej JARA&PARTNERS Sp. k. w Warszawie „Obniżenie stawki podatku VAT na budowę przyłącza gazowego oraz demontaż fundamentów”, w którym omówiona jest zasada naliczania stawki podatku VAT od infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Autorka powołuje się na orzecznictwo oraz interpretację podatkową Ministra Finansów z których wynika, że „prace w obrębie bryły budynku można zakwalifikować jako związane z budownictwem mieszkaniowym, natomiast to co znajduje się poza budynkiem, stanowi infrastrukturę towarzyszącą, która od dnia 1 stycznia 2008 roku nie może korzystać z obniżonej stawki podatkowej”.

Odwołujący swoje stanowisko wywodził również z interpretacji podatkowych, które co prawda wydawane w sprawach indywidualnych podatników rozstrzygają o sytuacji tych podatników, tym niemniej opisane tam stany faktyczne, przyjęte stanowisko przez podatników a także interpretacja Ministra Finansów kształtuje pewną praktykę podatkową przy interpretowaniu sytuacji prawnej innych podmiotów.

Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień i odrzucił ofertę odwołującego bez wykazania swojego stanowiska uzasadniającego obniżenie stawki podatku VAT do stawki 8% w zakwestionowanej pozycji (wyposażenie).

Z takim stanowiskiem odwołujący nie zgodził się i czynności zamawiającego potraktował jako niezgodne z przepisami ustawy. Odwołujący podtrzymał swoje uzasadnienie prawne co do naliczenia podstawowej stawki podatku VAT (23%) a dodatkowo dla uzyskania pewności uzyskał prywatne opinie doradców podatkowych Pani A..... J.....- S..... oraz M..... K.....

Doradca podatkowy A..... J..... - S..... po obszernym wywodzie prawnym wskazała: „(...) Spółka uprawniona będzie do zastosowania, zgodnie z obowiązującym od dnia 1 stycznia 2011 r. art. 41 ust. 2 w zw. z art.146a ustawy o VAT, stawki podatku VAT w wysokości 8%, w odniesieniu do tych elementów wyposażenia, które spełniać będą definicję części składowych dostarczanych lokali mieszkalnych. Natomiast stosownie do dostawy elementów wyposażenia stanowiących części przynależne (pomocnicze) zastosowanie winna mieć podstawowa stawka podatku od towarów i usług, tj. 23%. Elementami takimi niewątpliwie będą przedmiotowe kuchenki jak i szafki pod zlewozmywak, jako elementy wyposażenia nie stanowiące elementów konstrukcyjnych budynku ani jego części.

Pani M..... K..... zawarła następujący wniosek końcowy, zamykający również obszerny wywód prawny: „Odnosząc przedstawiony stan faktyczny do powołanych w sprawie przepisów ustawy o VAT oraz uwzględniając rozstrzygnięcia zawarte w wyrokach sądowych, w tym ETS, jak też mając na uwadze powołane interpretacje prawa podatkowego, należy stwierdzić, że: organy podatkowe mogą zakwestionować stosowanie obniżonej 8% stawki podatku VAT do montażu i instalacji wyposażenia objętego stawką 23% podatku od towarów i usług w obiektach budownictwa mieszkaniowego w ramach tzw. usługi kompleksowej, w której usługą zasadniczą jest budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi. Jest to tym bardziej możliwe, że:

- wyposażenie obiektu budowlanego stanowi osobną pozycję kosztorysową stosowaną w przetargu o wybudowanie tych obiektów.

- także „samodzielna” usługa polegająca na zamontowaniu kuchenek elektrycznych w ww. obiektach oraz montaż szafek pod zlewozmywaki, stanowiące wyposażenie budynków w tzw. sprzęt gospodarstwa domowego, nie stanowi dostawy, budowy, czy remontu obiektu budowlanego, nie jest również modernizacją, termomodernizacją czy przebudową obiektu budowlanego, o których mowa w treści art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, ponieważ nie nastąpiła dzięki nim zmiana parametrów użytkowych i technicznych budynku lub lokalu mieszkalnego.

W związku z tym usługi ww. podlegają opodatkowaniu podstawową 23% stawką podatku

VAT. Z ostatniego orzecznictwa NSA wynika także, że montaż urządzeń domowych nie jest świadczeniem usługi na gruncie ustawy o VAT, która może korzystać z obniżonej stawki VAT, tylko dostawą towaru, opodatkowaną 23% stawka VAT.”

Odwołujący wyjaśniał, że jego oferta miała najkorzystniejszą cenę. Odrzucenie zatem tej oferty skutkuje, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego zostanie zawarta z innym podmiotem co spowoduje uszczerbek w majątku wykonawcy, który zgodnie z przepisami sporządził swoją ofertę i jest gotowy do zawarcia umowy i jej wykonania.

Sygn. akt KIO 2473/12

B. Odwołujący K..... Ć..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... z siedzibą w miejscowości Klucze, (dalej zwany odwołującym CEW K..... Ć.....) zarzucił zamawiającemu: naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy oferta ta nie nosi wad uprawniających zamawiającego do dokonania przedmiotowej czynności, bowiem nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;

2. art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w SIWZ sposobu obliczenia ceny i wyraźne wskazanie, iż cena ofertowa winna być obliczona w oparciu o dwie odrębnie wyszczególnione stawki podatku VAT (23% i 8%), podczas gdy zamawiający nie odrzucił oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A., nie wskazując, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, albowiem PB „DOMBUD” S.A. dokonał zmiany w stosunku do treści SIWZ w tym w formularzu ofertowym wskazując w jednej pozycji zsumowanej stawki podatku VAT 8 i 23 %, natomiast zamawiający wymagał odrębnego wyszczególnienia stawki podatku VAT 8 % jak i 23 %;

3. art. 89 ust. 6 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A. P..... i Spółka” sp. z o. o., jako nieodpowiadającej treści SIWZ i obowiązującym przepisom prawa, w tym w szczególności ustawie z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz. U. z 2001r., Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) oraz ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54 z późn. zm.);

4. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz subiektywną i swobodną ocenę ofert,

5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podjęcie próby wyjaśnienia wysokości stawek VAT dla zadań obejmujących wykonanie wyposażenia i umeblowania kuchni oraz wykonanie przyłączy elektrycznych do budynku, co w konsekwencji przerodziło się w niedozwolone negocjacje pomiędzy zamawiającym a częścią wykonawców, podczas gdy:

- oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. powinna być odrzucona w wyniku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
- nienależyta ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” sp. z o. o. doprowadziła do niesłusznego wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,
- 4) odrzucenia ofert niezgodnych z treścią SIWZ oraz przepisami prawa,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp odrzucił złożoną ofertę, albowiem uznał, że „zawiera błędy w obliczeniu ceny”. W ocenie odwołującego jego oferta w pełni odpowiada treści SIWZ, a tym samym nie zawiera jakichkolwiek błędów, w tym w szczególności błędów dotyczących sposobu wyliczenia ceny.

Tym samym, gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, lecz dokonał prawidłowego badania i oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, oferta ta zostałaby uznana za najkorzystniejszą w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert, co w konsekwencji doprowadziłoby do zawarcia z odwołującym umowy o udzielenia zamówienia publicznego. Jednakże, na skutek sprzecznego z ustawą Pzp działania zamawiającego, w tym odrzucenia oferty odwołującego, przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców niespełniających wymogów określonych w SIWZ, w szczególności w zakresie obliczenia ceny oferty, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie jego interes prawny doznał uszczerbku.

Odwołujący podnosił, że po ogłoszeniu przedmiotowego postępowania, w odpowiedzi na zadane przez odwołującego pytanie pismem z dnia 6 września 2012 r. (...) „zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ. Wyżej wymieniona inwestycja zawiera zarówno roboty budowlane wewnątrz budynku jak i prace na zewnątrz. W związku z powyższym prosimy o podanie stawki VAT do wyżej wymienionego zamówienia. Nadmieniamy, że formularz ofertowy nie obejmuje podziału na różne stawki VAT”, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi pismem z dnia 13 września 2012 r., (odpowiedź nr 7): „W zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%. Wobec powyższego Zamawiający dokonuje zmiany treści

SIWZ poprzez:

1. zmianę zapisu pkt. 23.2. ppkt. b SIWZ, który otrzymuje brzmienie: „wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązujących stawek,
2. modyfikację formularza ofertowego w części dot. stawki podatku VAT- stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego pisma."

Tym samym, zamawiający wprowadził zmianę w treści SIWZ polegającą między innymi na zmianie treści formularza ofertowego, poprzez wydzielenie dwóch odrębnych pozycji dla ceny brutto, z uwzględnieniem odpowiednio stawki podatku VAT w wysokości 8% oraz stawki podatku VAT w wysokości 23%. Tak wyliczone ceny brutto stanowiły składowe łącznej ceny brutto oferty. Przed zmianą, w formularzu ofertowym nie było możliwości wpisania ceny brutto z podziałem według stawki podatku VAT, gdyż w formularzu widniała wyłącznie jedna pozycja łącznej ceny brutto i jedna pozycja, w której należało wyliczyć kwotę podatku VAT, bez konieczności wskazywania indywidualnego wyliczenia dla stawki 8% lub 23%.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 3.3. SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest: „wykonanie robót budowlanych p.n.: „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej”.

W pkt. 3.3.2. SIWZ zamawiający określił, że przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

„1. Budynek mieszkalny z lokalami socjalnymi składający się z dwóch segmentów połączonych na piętrach galeriami. Wejścia do mieszkań na parterze skomunikowane są chodnikami. Jest to budynek niepodpiwniczony, 3 kondygnacyjny z dwoma indywidualnymi oraz jedną wspólną klatką schodową:

- 1.1. architektura konstrukcja
- 1.2. instalacje wodno-kanalizacyjne
- 1.3. instalacje elektryczne - (45310000-3]
- 1.4. instalacje elektryczne wymiennikowni - segment A,
- 1.5. instalacje elektryczne wymiennikowni - segment B,
- 1.6. indywidualny węzeł ciepłowniczy - segment A,
- 1.7. indywidualny węzeł ciepłowniczy - segment B
- 1.8. instalacja co segment A
- 1.9. instalacja co segment B
- 1.10. wyposażenie i umeblowanie. (39200000-4 wyposażenie domowe)
2. Roboty zewnętrzne
- 2.1. Zagospodarowanie terenu wraz z elementami małej architektury
- 2.2. Przyłącze do sieci ciepłowniczej,
- 2.3. Sieci i przyłącza wodno-kanalizacyjne,

- 2.4. Droga dojazdowa, ciągi piesze wraz z ukształtowaniem terenu,
- 2.5. Oświetlenie uliczne.

Cały zakres robót do realizacji zawiera dokumentacja projektowa stanowiąca Zał. Nr 7 do SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że złożony kosztorys ofertowy, w ślad za przedmiarem sporządzonym przez zamawiającego, w części dotyczącej "wyposażenia i umeblowania" w rozdziale 1 w pozycji 1 przewiduje dostawę i montaż kuchenki 4 - palnikowej z piekarnikiem (zasilanie kuchenki elektryczne). W pozycji 2 mowa jest o dostawie i montażu szafki pod zlewozmywak. Zarówno ilość szafek jak i kuchenek jest jednakowa i wynosi po 58 sztuk.

Z kolei w części kosztorysu dotyczącej instalacji elektrycznej (rozdział 6), który stanowi o „przyłączach kablowych”, zakres robót budowlanych przewiduje między innymi układanie kabli elektrycznych jako przyłączy instalacji elektrycznej do budynku, mających charakter „infrastruktury towarzyszącej”.

Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pismem datowanym na dzień 5 października 2012 r. zażądał od odwołującego wyjaśnień dotyczących wysokości stawek podatku VAT zastosowanych w treści złożonej oferty, w tym podstawy prawnej ich zastosowania.

Odwołujący ustosunkował się do wezwania i w dniu 10 października 2012 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia w przedmiocie zastosowanych stawek podatku VAT i przyporządkował je do odpowiednich kategorii oferowanych robót budowlanych. Stawki podatku VAT przyjęte w ofercie to 8 % oraz 23 %.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 listopada 2012 r. stanowiącym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej poinformował, że dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A. Pi..... i Spółka” Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, natomiast oferty pozostałych wykonawców odrzucił.

Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, to:

- a) Konsorcjum Firm: Podhalańska Firma Budowlana ROBEX- BUD R..... P..... - Lider konsorcjum,
- b) Przedsiębiorstwo wielobranżowe „POL-REM” sp. z o. o.,
- c) „COMPEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr. inż. K..... Ć.....,
- d) Zakład Remontowo-Budowlany „S..... P.....”,
- e) Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A.,
- f) Przedsiębiorstwo Budownictwa i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o. o.,
- g) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN” K..... W.....

Natomiast spółka „Chemobudowa-Kraków” S.A. została wykluczona z postępowania, a jej oferta uznana za odrzuconą.

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia ofert wszystkich wykonawców, w tym odwołującego, podał przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż jak utrzymuje, wykonawca zastosował błędną stawkę podatku VAT. W rozstrzygnięciu zamawiający informuje, że: „Wykonawca jw. do robót ujętych w kosztorysach ofertowych pn.: wyposażenie i umeblowanie i do przyłącza kablowego, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym - roboty instalacje elektryczne zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT tj. 23% zamiast 8%.”

Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania odniósł się także do wcześniejszych wyjaśnień odwołującego uznając, iż „ich treść nie potwierdza zasadności stosowania przyjętej stawki podatku VAT”.

W konsekwencji zamawiający uznał ustalone stawki podatku VAT za błędne i „nie zakwalifikował ich jako omyłki podlegającej poprawie, gdyż były wynikiem świadomego działania Wykonawcy”.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego podnosząc, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym w szczególności z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54 z późn. zm.) dokonał prawidłowego wyliczenia ceny oferty brutto, stosując obowiązujące dla poszczególnych kategorii i zakresów robót budowlanych stawki podatku VAT.

Przepis art. 41 ustawy o VAT (Dział VIII - wysokość opodatkowania, w Rozdział 1- stawki), stanowi że:

1. Stawka podatku wynosi 22% [zgodnie z art. 146a ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%], z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.

2. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7% [zgodnie z art. 146a ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%], z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. (...)

ust. 12. Stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

ust. 12a. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej

Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, z zastrzeżeniem ust. 12b.

ust. 12b. Do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się:

- 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m²;
- 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

ust. 12c. W przypadku budownictwa mieszkaniowego o powierzchni przekraczającej limity określone w ust. 12b stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej.

13. Towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, niewymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej podlegają opodatkowaniu stawką w wysokości 22% [obecnie 23%], z wyjątkiem tych, dla których w ustawie lub przepisach wykonawczych określono inną stawkę.

Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392 ze zm.) obowiązującego od dnia 6 kwietnia 2011 r., stawkę podatku VAT wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT obniża się do wysokości 8% dla:

1. towarów i usług wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia;
2. robót konserwacyjnych dotyczących budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;
3. robót konserwacyjnych dotyczących:
 - a. obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,
 - b. lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12
 - w zakresie w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 2.

Odwołujący z przytoczonego wyżej stanu prawnego, wywiódł wniosek, że w świetle obowiązujących przepisów prawa należy stwierdzić, że stawka podatku VAT w wysokości 8% w kontekście przedmiotowego postępowania dotyczy:

- dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o którym mowa w art. 1 ust. 12a i 12b ustawy o VAT.

Poddał dalej analizie, czy ustawa o VAT przewiduje obniżenie stawki VAT do 8% również w przedmiotowych przypadkach to jest:

- 1) wyposażenie i umeblowanie kuchni,
- 2) wykonanie przyłącza elektrycznego do budynku.

Ad 1) W świetle przytoczonych przepisów nie zgodził się z twierdzeniem, że dla wyposażenia i umeblowania kuchni oraz wykonania przyłączy elektrycznych do budynku właściwa jest obniżona stawka podatku VAT w wysokości 8%.

W kwestii dotyczącej zastosowania obniżonej stawki podatku od towarów i usług do trwałej zabudowy kuchennej, czy zabudowy meblowej, Minister Finansów w interpretacjach indywidualnych: z 22 grudnia 2011 r., nr PT8/033/45/WCX/11/PT-1413 oraz z 23 grudnia 2011 r., nr PT8/033/46/WCX/11/PT-1417 i nr PT8/033/47/WCX/11/PT-1418), w sposób jednoznaczny stwierdził, że tego rodzaju towary będą objęte podstawową, 23% stawką podatku VAT.

Minister Finansów uznał stosowanie 8% stawki podatku VAT do trwałej zabudowy kuchennej (wraz ze sprzętem AGD) za błędne. W tym zakresie stwierdził bowiem: „że wykonywane przez Wnioskodawcę ww. czynności nie stanowią w szczególności, wbrew stwierdzeniu Wnioskodawcy, remontu oraz modernizacji, gdyż w istocie czynności te są jedynie zaopatrywaniem lokalu mieszkalnego w elementy wyposażenia, niestanowiące jego elementów konstrukcyjnych. Trwała zabudowa meblowa (wnękowa, kuchenna) może podnosić jedynie funkcjonalność i wartość obiektów mieszkalnych, przy czym podkreślić należy, że podobną funkcjonalność i wartość można zapewnić umieszczając w obiekcie «zwykłą» szafę, czy «zwykłe» meble kuchenne nie przymocowane do ściany czy podłogi. (...)”. Minister Finansów podkreślił ponadto, że bez wyposażenia w postaci trwałej zabudowy meblowej (meble, szafy wnękowe, inne szafki i szafki), lokal nie traci swojego charakteru mieszkalnego i w dalszym ciągu spełnia w tym zakresie kryteria wynikające z przepisów prawa budowlanego. Zaznaczył, iż gdy określone czynności stanowią przedmiot jednej usługi, nie przeszkadza, aby usługa ta była opodatkowana według różnych stawek właściwych dla każdej czynności stanowiącej tę usługę. W konsekwencji Minister Finansów stoi na stanowisku, że do trwałej zabudowy meblowej oraz do dostawy sprzętu AGD należy zastosować stawkę podstawową tj. 23%, nawet jeżeli sprzedaż następuje w ramach jednego świadczenia (dostawy lokalu).

Dokonując wykładni historycznej, odwołujący wskazywał, iż porównanie przepisu § 37 rozporządzenia 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 - obowiązującego do dnia 31 grudnia 2010 r.) z przepisem § 7 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, prowadzi do wniosku, że zakres stosowania obniżonej stawki podatku VAT uległ

znacznemu zawężeniu - z listy usług objętych preferencyjną stawką usunięto roboty budowlano-montażowe dotyczące obiektów budownictwa mieszkaniowego. Dlatego też wykonanie zabudowy kuchennej i szaf wnękowych podlega opodatkowaniu stawką 23%.

Odwołujący zaznaczał, że zaprezentowane wyżej opinie i interpretacje znajdują również swoje potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych. Sądy te stoją bowiem na stanowisku, że czynności polegające na montażu stałej zabudowy meblowej (w tym wnękowej, łazienkowej, kuchennej), w budynku mieszkalnym, podlegają opodatkowaniu 23% stawką podatku VAT. Taką tezę można wywieść z wyroku WSA w Gdańsku z dnia 14 lutego 2012 r., sygn. akt I SA/Gd 1289/11. W ocenie Sądu: "(...) wykonywane przez stronę czynności montażu stałej zabudowy wnękowej, kuchennej czy też łazienkowej, które trwale montuje w budynku mieszkalnym, podlegały obniżonej stawce podatku od towarów i usług wyłącznie do 31 grudnia 2010 r., i to nie z mocy art. 41 ust. 12 u.p.t.u., lecz na podstawie § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług - jako roboty budowlano-montażowe. Jak Sąd wskazał, czynności polegające na montażu trwałej zabudowy w lokalach mieszczą się w pojęciu robót budowlano-montażowych. Wykonane indywidualne zamówienia trwałej zabudowy, w tym stolarskiej nie posiadają samoistnego charakteru, stanowią część składową obiektu budowlanego, a o zespoleniu z obiektem budowlanym, jak podkreślono decyduje właśnie montaż. Podobnie wypowiedział się WSA w Olsztynie w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt I SA/OI 735/11. Powołując się na przepisy Kodeksu cywilnego stwierdził, że częścią składową rzeczy jest wszystko, co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączanego. Z kolei przynależnościami w rozumieniu tego Kodeksu, są rzeczy ruchome potrzebne do korzystania z innej rzeczy (rzeczy głównej) zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi. Sąd stwierdził m.in., że: "(...) Wykonanie okuć, zawiasów, uchwytów, prowadnic - elementów stałej zabudowy kuchennej i szaf wnękowych jest związane z korzystaniem z ruchomości. Przez fakt ich zamontowania nie stają się one częścią składową budowli. Ich wykonanie związane jest z korzystaniem z ruchomości: sprzętu AGD, ubrań, butów itp. W świetle powyższego nie sposób uznać, aby zabudowa wnękowa i kuchenna będąca przecież ze swej istoty zabudową «meblową» mogła być uznana za instalację lub urządzenie techniczne budynku. Ich montaż nie wymagał pozwolenia na budowę, mogą być w każdym czasie zdemontowane lub wymienione. Działania te nie są objęte zakresem pojęciowym robót budowlanych lub przebudowy w rozumieniu prawa budowlanego. W konsekwencji czynności wykonania stałej zabudowy meblowej kuchennej nie są czynnościami w rozumieniu art.41 ust.12 ustawy o VAT, czy też § 7 rozporządzenia w sprawie VAT. Tym samym, w ocenie Sądu, nie mogą korzystać z obniżonej stawki VAT.

Odwołujący nadmieniał, że już Ministerstwo Finansów w odpowiedzi z dnia 18 sierpnia 2011 r. na interpelację poselską nr 23652 wyjaśniło, że usługi montażu tzw. trwałej zabudowy meblowej w obiektach budownictwa mieszkaniowego objętego społecznym programem mieszkaniowym nie mogą korzystać z preferencyjnej stawki podatku. W szczególności należy zaznaczyć, że brak jest podstaw do uznania opisanych usług za modernizację, które to pojęcie zostało użyte w art. 41 ust. 12 ww. ustawy.

Z przywołanych wyżej przepisów, odwołujący wywodził, że począwszy od dnia 1 stycznia 2011 r., 8% stawka podatku VAT może być zastosowana jedynie w stosunku do: dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części, objętych programem społecznego budownictwa mieszkaniowego, robót konserwacyjnych, w zakresie obiektów wskazanych w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

W odniesieniu do sposobu opodatkowania przyłącza energetycznego, odwołujący przywołał interpretację indywidualną Ministra Finansów, sygn. akt IPTPP3/443-12/11-4/IB, z dnia 5 lipca 2011 r., która została wydana w analogicznym do zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym stanie faktycznym, dotyczącym przyłączy wodno-kanalizacyjnych wykonywanych przez wnioskodawcę poza bryłą budynku mieszkalnego. Przyłącza miały być następnie podłączane do instalacji wewnętrznej budynku przez co budynek spełniać miał funkcję mieszkalną. Odwołujący przytoczył przepis art. 146 ust. 3 ustawy o VAT, który zawiera definicję legalną pojęcia „infrastruktura towarzysząca”, zgodnie z którym przez infrastrukturę towarzyszącą budownictwa mieszkaniowego, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, rozumie się:

- 1) sieci rozprowadzające, wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych,
 - 2) urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i małą architekturę,
 - 3) urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne
- jeżeli są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Ministra Finansów, „przepis ten nie został uchylony, jedynie skończył się (z dniem 31 grudnia 2007 r.) przewidziany w tym przepisie okres stosowania na jego podstawie obniżonej stawki podatku(...) Przejściowość powyższego przepisu polega jedynie na tym, że ustała przewidziana w nim możliwość

stosowania na czas określony obniżonej do 7% stawki podatku dla tego rodzaju robót.

Od dnia 1 stycznia 2011 r. preferencyjną 8% stawkę podatku stosuje się tylko w odniesieniu do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy związanych wyłącznie z budownictwem mieszkaniowym objętym programem społecznego budownictwa mieszkaniowego oraz robót konserwacyjnych, dotyczących obiektów wskazanych w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 powołanego wyżej rozporządzenia. Tym samym obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują obniżenia stawki podatku dla dostawy infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Utrata mocy przez ww. przepis przejściowy spowodowała, iż do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy oraz robót konserwacyjnych obiektów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu zastosowanie ma podstawowa, 23% stawka podatku. Zatem mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie budowanie przyłączy wodno-kanalizacyjnych poza bryłą budynku, należy do infrastruktury towarzyszącej budownictwa mieszkaniowego, nie zaś jak błędnie wskazuje Wnioskodawca do obiektów budownictwa mieszkaniowego. Sam fakt przyłączenia do instalacji wewnętrznej budynku nie jest jednoznaczny z zakwalifikowaniem przyłączy wodno-kanalizacyjnych jako elementu budynku mieszkalnego i możliwością skorzystania z obniżonej stawki podatku. Tym samym, do przedmiotowych usług zastosowanie będzie miała stawka podstawowa w wysokości 23%."

Odwołujący przekonywał, że *per analogiam*, powyższa interpretacja ma zastosowanie także do przyłącza elektrycznego, co potwierdza prawidłowość jego stanowiska i poprawność złożonej oferty. Stwierdził, zatem iż zamawiający popełnił szereg istotnych błędów w toku badania i oceny ofert.

Odwołujący podkreślał, iż zmodyfikowana treść SIWZ odpowiada przepisom ustawy o cenach i ustawy o podatku od towarów i usług, jednakże z niewiadomych przyczyn zamawiający odszedł od stosowania jej prawidłowych postanowień, a wręcz dokonał zmiany kryterium oceny ofert w toku postępowania. W efekcie powyższego odrzucił ofertę odwołującego, pomimo tego, iż zawiera prawidłowe wyliczenie ceny (w oparciu o dwie stawki podatku VAT - odpowiednio 8% i 23%, zgodnie z SIWZ) oraz jest najkorzystniejszą ofertą.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie zbadał również oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo „DOMBUD” S.A., gdyż, gdyby dokonał tej czynności, zauważyłby niechybnie, że oferta złożona została na nieaktualnym druku (załącznik nr 1 do SIWZ), który o czym była mowa powyżej, został zmieniony wraz z treścią SIWZ. Tym samym, treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca nie wyliczył bowiem ceny z uwzględnieniem odrębnych pozycji przypisanych odpowiednio do stawki VAT w wysokości 8% i 23%.

Ostatecznie, zamawiający dokonał wyboru oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-

Budowlanego „A. P..... i Spółka” sp. z o. o., pomimo tego, iż do wyceny pozycji:

- wyposażenie i umeblowanie kuchni,
 - wykonanie przyłączy elektrycznych do budynku,
- wykonawca zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%, co w świetle obowiązujących przepisów prawa jest niedopuszczalne.

Powyższe potwierdził sam wykonawca w treści złożonych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 10 października 2012 r. w aktach postępowania), uznając, iż „zastosowanie 8% stawki podatku VAT dla wyżej wymienionego zakresu prac było w świetle obowiązujących przepisów i ich interpretacji niewłaściwe.”

Sygn. akt KIO 2493/12,

C odwołujący P.B. DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej zwany DOMBUD) zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty odwołującego z powodu „błędu w obliczeniu ceny”, polegającego na zastosowaniu przez odwołującego nieprawidłowej zdaniem zamawiającego stawki podatku VAT 23% w kosztorysach ofertowych pn.:

- a) „wyposażenie i umeblowanie”,
 - b) i do „przyłącza kablowego”, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym roboty instalacyjne elektryczne
- mimo, że zastosowana przez odwołującego w ww. pozycjach stawka podatku VAT 23% jest prawidłowa, przez co naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 91 ust 1 tej ustawy, bowiem wybrał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę która nie jest najkorzystniejsza spośród złożonych w przetargu, a ponadto powinna podlegać odrzuceniu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. ponowne badanie i ocenę treści oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „A P..... i Spółka” Sp. z o.o.

W uzasadnieniu zgłaszanych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp - w postaci utraty korzyści związanych z uzyskaniem ww. zamówienia. W wyniku naruszenia ww. przepisów zamawiający nie wybrał oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych w przetargu, mimo że

odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i z najniższą ceną - wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, a cena jest w tym przetargu jedynym kryterium oceny ofert, wobec czego przy prawidłowym postępowaniu oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący, po analizie treści powiadomienia o czynności zamawiającego, całości dokumentacji przetargowej oraz treści swojej oferty, jak również oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, stwierdził, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego jest pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych, na które powołał się zamawiający. Natomiast oferta uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą zawiera błąd w obliczeniu ceny, kwalifikujący ją do odrzucenia przy prawidłowym zastosowaniu przepisów ustawy, wobec czego za najkorzystniejszą winna być uznana oferta odwołującego, bowiem zawiera najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stwierdzając, że oferta odwołującego „zawiera błędy w obliczeniu ceny”, polegające na zastosowaniu nieprawidłowej, zdaniem zamawiającego, stawki podatku VAT 23% w kosztorysach ofertowych pn.:

- „wyposażenie i umeblowanie”
- i do „przyłącza kablowego”.

Zgodnie z pkt 23.2b) SIWZ zamawiający zażądał, aby w cenie oferty uwzględniać wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązującej stawki. Odwołujący wyjaśniał, że na podstawie art. 41 ust 1 w związku z art. 146a pkt. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. 2011 r. Nr 177 poz. 1054, ze zm.) zastosował podstawową stawkę 23% podatku VAT do robót ujętych w kosztorysach ofertowych:

- a) wyposażenie i umeblowanie,
- b) przyłącze kablowe, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym instalacji elektryczne.

Zasadą bowiem jest, że czynność podlega opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%, jeśli przepis szczególny nie uprawnia podatnika do zastosowania innej stawki. W przypadku usług związanych z wyposażeniem i umeblowaniem lokali, obejmujących dostawę i montaż kuchenek oraz szafek pod zlewozmywak, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt. 1 ustawy o VAT, należy zastosować stawkę 23% podatku, ponieważ usługi te są w istocie zaopatrywaniem lokalu w elementy wyposażenia, niestanowiące jego elementów konstrukcyjnych, podnoszą jedynie jego użyteczność i funkcjonalność, a tym samym nie mogą być traktowane jako remont, modernizacja, termomodernizacja, czy też przebudowa - co wyklucza możliwość zastosowania zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%. Zaś w przypadku przyłączy kablowych, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt. 1, ustawy o VAT zastosowano stawkę 23%, gdyż roboty te są

robotami zewnętrznymi, wykonywanymi poza bryłą wznoszonego budynku zaliczanego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, i zgodnie z art. 146 ust. 3 ustawy należą do prac związanych z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, dla który ustawodawca zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy nie przewidział możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%.

Prawidłowość swego postępowania w zakresie zastosowanej podstawowej stawki podatku VAT co do „przyłącza kablowego” (roboty budowlane poza kubaturą samego budynku) potwierdził załączoną indywidualną interpretacją podatkową dotyczącą podatku od towarów i usług w zakresie podstawy opodatkowania dla robót podlegających opodatkowaniu różnymi stawkami, z której wynika, że przepisy nie przewidują preferencyjnej stawki VAT dla infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu (str. 4, akapit 3 interpretacji o sygn. IBPP2/443-122/08/ASz), podobnie w interpretacji indywidualnej (str. 7, akapit 2 interpretacji sygn. IPTPP1/443-437/12-4/MG) W zakresie zastosowanej stawki podstawowej VAT 23 % do „wyposażenia i umeblowania” (dostawa i montaż kuchenki elektrycznej oraz szafki pod zlewozmywak) istnieje również utrwalone stanowisko organów podatkowych. W załączeniu odwołujący przedstawił interpretację podatkową potwierdzającą prawidłowość zastosowania podatku przez odwołującego (interpretacja o sygn. IPTPP3/443-109/11-4/BJ). Przypomniał, że za najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu została uznana oferta Przedsiębiorstwa Remontowo - Budowlanego „A P..... i Spółka” Sp. z o.o., z ceną ofertową brutto: 6 817 790,03 zł, w której oferent zawarł nieprawidłową stawkę podatku VAT 8% - do wyceny pozycji w kosztorysach ofertowych pn.:

1. „wyposażenie i umeblowanie”
2. do „przyłącza kablowego”, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym roboty instalacyjne elektryczne.

Zamawiający nie odrzucił ww. oferty, mimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT 8%, do ww. pozycji kosztorysach (co sam wykonawca w piśmie wyjaśniającym z dnia 10.10.2012 r. przyznał), czym w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w rozdziale 2 ustawy Pzp, kształtujące przyjęty przez ustawodawcę model tego postępowania. Podstawowa zasada art. 7 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Do przepisów takich należą przepisy nakładające na zamawiającego konieczność przeprowadzenia czynności badania i eliminowania z postępowania ofert, które

nie odpowiadają wynikającym z ustawy warunkom. Kontrola i selekcja ofert z punktu widzenia ofert podlegających odrzuceniu (art. 89) oraz oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 Pzp), dokonywana przez zamawiającego, jest również wyrazem poszanowania zasady wyrażonej w art. 7 ustawy. Realizacja tej zasady byłaby fikcją gdyby zamawiający nie miał możliwości porównania ofert. Z kolei o porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł, w tym przypadku z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, ze względu na przyjęcie błędnych założeń co do stawki podatku, złamał powyższe zasady, jak zaznaczał odwołujący, wskutek czego dopuścił do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona. Mając na uwadze całokształt przedstawionej powyżej argumentacji, decyzję zamawiającego o odrzuceniu złożonej oferty odwołujący potraktował jako podjętą z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp, jak również decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która ze względu na błąd w obliczeniu ceny powinna zostać odrzucona, co powoduje, że odwołanie jest uzasadnione i powinno być uwzględnione.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12 listopada 2012 r., do postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO 2473/12 - odwołującego K..... Ć..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. K..... Ć..... z siedzibą w miejscowości Klucze, zgłosił swoje przystąpienie w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca P.B. DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach – po stronie zamawiającego, który oponował wobec zarzutom podnoszonym względem jego oferty, gdyż postępowanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp, więc jest dopuszczalne jedynie w zakresie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie do sprawy sygn. akt KIO 2473/12, gdyż wykazał on interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, który nie odrzucił oferty zgłaszającego przystąpienie z przyczyn podnoszonych przez odwołującego CEW K..... Ć....., natomiast zarzuty tego odwołania dotyczące oferty odwołującego DOMBUD – jako niedopuszczalne - nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę. Okoliczności powyższe – skuteczności formalnej wniesienia odwołania w oparciu a art. 180 ust. 2 ustawy Pzp Izba ustaliła z urzędu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Każde z wniesionych odwołań podlegało wyłącznie rozpatrzeniu w zakresie jakim dotyczyło odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, stosownie do

wskazań art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp. Złożone odwołania zostały wniesione wobec czynności odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców, a więc są dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że przy danej wartości przedmiotu zamówienia, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wszystkie inne zarzuty złożonych odwołań, niż dopuszczone wymienionym przepisem nie podlegały rozpatrzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania, ofert odwołujących, oferty wybranej, wezwań zamawiającego z dnia 5 października 2012 r. oraz udzielonych odpowiedzi.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła dowody z następujących wnioskowanych dokumentów, jako interpretacji na rzecz przedstawianych stanowisk stron:

a) opinii prywatnej podatkowej sporządzonej w dniu 6 listopada 2012 roku przez doradcę podatkowego A..... J..... – S..... z ATA Tax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Oddział w Katowicach;

b) opinii prywatnej doradcy podatkowego M..... K..... z Kancelarii K..... i Wspólnicy Biegli Rewidenci i Konsultanci Podatkowi Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie sporządzonej w dniu 6 listopada 2012 r.;

c) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 9 maja 2008 r. w sprawie: IBP2/443-122/08/ASz;

d) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 23 września 2011 r. w sprawie: IPTPP2/443-349/11-2/JS,

e) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 23 stycznia 2012 r. w sprawie: IPTPP3/443-109/11- 4/BJ;

f) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 30 grudnia 2012 r. w sprawie: IPTPP4/443- 17/11-2/ALN;

g) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 30 sierpnia 2011 r. w sprawie: IPTPP2/443-218/11-2/JS;

h) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi

z dnia 11 września 2012 r. w sprawie: IPTPP1/443-437/12-4/MG;

i) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Urząd Skarbowy w Oleśnicy z dnia 30 marca 2006 r. PP 443/1-23/06;

j) z interpretacji indywidualnej wydanej przez Urząd Skarbowy w Poznaniu z dnia 30 listopada 2011 r.

Interpretacje podatkowe wydawane przez Ministra Finansów, wiążą jedynie w sprawie indywidualnej, w której są wydawane. Nie mniej, kształtują praktykę stosowania przepisów przez podatników. Wobec zmian stanu prawnego w zakresie opodatkowania VAT, Izba uznała za przydatne do oceny zarzutów złożonych odwołań, te interpretacje które zostały wydane od 2011 r.

Izba nie dopuściła dowodów zgłaszanych przez zamawiającego:

- z dokumentacji innych wcześniejszych postępowań przetargowych na zbliżony przedmiot zamówienia, gdyż nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o dokumentację danego postępowania,

- z wniosku o uzyskanie finansowania projektu, gdyż okoliczność, że mieszkania socjalne muszą być wyposażone w kuchenki oraz zlewozmywaki wraz z obudową meblową była bezsporna.

Odwołania dotyczyły tego samego rodzaju czynności zamawiającego, tj. odrzucenia ofert na identycznej podstawie prawnej - art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz w oparciu o identyczne zarzuty faktyczne stawiane odrzucanym ofertom, tj., że oferty zostały odrzucone, albowiem zawierają błąd w obliczeniu ceny:

1) oferta odwołującego POL-REM poprzez podanie stawki podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8% w odniesieniu do wyposażenia,

2) oferta odwołującego CEW K..... Ć..... poprzez podanie stawki podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8% w odniesieniu do wyposażenia i przyłącza elektroenergetycznego,

3) oferta odwołującego DOMBUD poprzez podanie stawki podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8% w odniesieniu do wyposażenia i przyłącza elektroenergetycznego.

Z dowodów wynika, że zamawiający do zakresu dostawy: wyposażenia lokalu w kuchenki elektryczne, obudowy zlewozmywaków i przyłączy elektroenergetycznych uznał za właściwą stawkę opodatkowania VAT w wysokości 8%.

Z powyższych względów Izba postanowiła przeprowadzić wspólne postępowanie dowodowe dla wszystkich łącznie rozpatrywanych spraw.

Rozpatrując sprawę w granicach dopuszczonych przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zarzutów złożonych odwołań - jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ zawiera następujące postanowienia.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej 5 000 000,00 EUR na zadanie pn. „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej.”

Punkt 9.3.2. SIWZ wymagał aby wykonawca złożył kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. (...).

Zgodnie z pkt 23.2. SIWZ cenę oferty należy podać w następujący sposób:

- a) wartość netto,
- b) wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązującej stawki,
- c) wartość brutto.

Załącznik nr 1 do SIWZ – formularz ofertowy pierwotnie wymagał określenia ceny oferty w wartości netto, wartości podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązującej stawki, wartości brutto.

Załącznik nr 6 do SIWZ – projekt umowy w § 8 ust. 1 podawał – wartość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy (...) nie przekroczy kwoty netto ... plus podatek VAT... ogółem brutto ...

Przedmiar w części dotyczącej "wyposażenia i umeblowania" w rozdziale 1 w pozycji 1 przewiduje dostawę i montaż kuchenki 4 - palnikowej z piekarnikiem (zasilanie kuchenki elektryczne). W pozycji 2 mowa jest o dostawie i montażu szafki pod zlewozmywak. Zarówno ilość szafek jak i kuchenek jest jednakowa i wynosi po 58 sztuk.

W części kosztorysu dotyczącej instalacji elektrycznej (rozdział 6), który stanowi o „przyłączach kablowych”, zakres robót budowlanych przewiduje między innymi układanie kabli elektrycznych jako przyłączy instalacji elektrycznej do budynku, w ilości po 20 m.b. kabla YKY 4X120mm², wykopu w gruncie 2x20 m.b. (o wymiarach 40cmx80 cm) na każdy segment budynku oraz ułożenia rur AROT osłonowych kabli pod budynkiem w ilości 20 m.b.

Opis projektu technicznego pkt 4.1. Zasilanie obiektu podaje, że „Zgodnie z uzgodnieniem z projektantem linii kablowej złącza kablowe ustawione zostaną przy ścianie obok pomieszczenia technicznego wymiennikownia+rozdzielnia+pomiar wodociągowy). Od każdego złącza ZK-3a należy ułożyć kabel YKY 4X120mm² do szafki zasilającej ZS.”

Pismami z dnia 12 i 24 października 2012 r. oraz z dnia 21.11.2012 r. projektant udzielił wyjaśnień, że:

- montażu kuchenki elektrycznej, która jest elementem niezbędnym do funkcjonowania

mieszkania winna dokonać osoba posiadająca stosowne uprawnienia,

- odcinek linii od złącza kablowego ZK3a do rozdzielni głównej stanowi wewnętrzną linię zasilającą i przynależy do budynku (rozdział 6 w przedmiarze – instalacje elektryczne).

Działając w oparciu o art. 38 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający udzielił w dniu 13.09.2012 r. odpowiedzi na pytania wykonawców oraz wyjaśnień treści SIWZ w sposób jak niżej.

Pytanie 7: „Działając w oparciu o art. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ na podane niżej pytanie: „Wyżej wymieniona inwestycja zawiera zarówno roboty budowlane wewnątrz budynku jak i prace na zewnątrz. W związku z powyższym prosimy o podanie stawki VAT do wyżej wymienionego zamówienia. Nadmieniamy, że formularz ofertowy nie obejmuje podziału na różne stawki VAT”.

Odpowiedź: W zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%.

Wobec powyższego Zamawiający dokonuje zmiany treści SIWZ poprzez:

1. zmianę zapisu pkt. 23.2. ppkt. b SIWZ, który otrzymuje brzmienie : „wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązujących stawek.”
2. modyfikację Formularza ofertowego w części dot. stawki podatku VAT- stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Modyfikując treść SIWZ, w trybie art. 38 ust.4 ustawy, w zakresie pytania nr 7 Zamawiający dokonuje ponadto zmian jak niżej: W załączniku nr 6 do SIWZ „ Projekt umowy” w § 8 pkt 10, zdanie 2, po słowach :„ ..należy je rozliczyć zgodnie z zasadami określonymi w § 8 ”, należy dopisać pkt 8.

W postanowieniach wzoru umowy, § 8 ust. 1 zamawiający postanowił: wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ofertą i kosztorysem ofertowym nie przekroczy kwoty: netto ..., podatek VAT ... Ogółem brutto ...

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 6 Ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał zmiany terminu składania ofert na dzień 24 września 2012 r.

Załącznik nr 1 do odpowiedzi na zapytania z dnia 13.09.2012r. do SIWZ – Formularz ofertowy, wymagał podania:

Nazwy, adresu Wykonawcy/Wykonawców

Niniejszym składam ofertę w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie p.n.: „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej” zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia i projekcie umowy.

1. Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zawarte w niej wymagania oraz warunki zawarcia umowy przyjmuję bez zastrzeżeń.

2. Deklaruję, wykonanie zamówienia za wynagrodzeniem rozliczanym kosztorysem powykonawczym, który nie przekroczył kwoty:

netto dla robót objętych stawką podatku VAT 8%zł, słownie:.....

netto dla robót objętych stawką podatku VAT 23%zł, słownie:.....

łącznie kwota netto:.....zł słownie:.....

plus podatek VAT 8%, tj.:..... zł, słownie:.....

plus podatek VAT 23%, tj.: zł, słownie:.....

brutto dla robót objętych stawką podatku VAT 8% :.....zł, słownie:.....

brutto dla robót objętych stawką podatku VAT 23% :.....zł, słownie:.....

łącznie kwota brutto:.....zł, słownie:.....

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty:		
Lp	Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy
1	oferta nr 1	Konsorcjum Firm: Podhalańska Grupa Budowlana „ROBEX-BUD” R..... P..... –Lider 34-713 Skawa, Skawa 52 B P.H.U. P..... S..... P..... –Uczestnik 34-713 Skawa, – cena brutto oferty - 5 958 739,54 zł
2	oferta nr 2	Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Sp. z o.o. 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Chopina 14 – cena brutto oferty – 6 817 790,03 zł,
3	oferta nr 3	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „POL-REM” Spółka z o.o. 42-300 Myszków, ul. Słowackiego 90 – cena brutto oferty – 5 238 130,58 zł
4	oferta nr 4	„COMPLEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa Mgr inż. K..... Ć..... 32-310 Klucze, Krzywopłaty, ul. Paderewskiego 8 – cena brutto oferty – 6 330 146,29 zł
5	oferta nr 5	Zakład Remontowo-Budowlany „S..... P.....” 32-300 Olkusz, ul. Osiecka 3a – cena brutto oferty – 9 915 773,76 zł
6	oferta nr 6	Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków S.A.” 30-705 Kraków, ul. Klimeckiego 24 – cena brutto oferty – 6 875 606,87 zł
7	oferta nr 7	Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. 40-059 Katowice, ul. Drzymały 15 – cena brutto oferty – 5 499 521,36 zł
8	oferta nr 8	Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. 40-282 Katowice, ul. Sikorskiego 41 – cena brutto oferty – 6 578 734,92 zł
9	oferta nr 9	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN” K..... W..... 40-007 Katowice, ul. Szkolna 7 – cena brutto oferty – 6 314 986,48 zł

Zgodnie z ustalonym wzorem załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy w formularzu oferty

określili odrębnie kwotę wynagrodzenia netto; wartość podatku VAT, wartość brutto przy zastosowaniu odrębnie stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23%. Odwołujący DOMBUD podał wynagrodzenie w jednej kwocie netto i brutto, z zastosowaniem stawek podatku VAT 8% i 23%. Zamawiający z tego względu ofercie wykonawcy DOMBUD zarzutów nie przedstawił.

Z dokumentów oferty - formularza ofertowego oraz kosztorysu - nie musiało wynikać w zakresie jakich prac wykonawca zastosował stawkę podstawową VAT, a w jakim preferencyjną.

Pismami z dnia 5 października 2012 r. zamawiający wystąpił do wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT. Wskazanie przyjętych ww. stawek podatku VAT należy podeprzeć interpretacją, która pozwoli na jednoznaczne potwierdzenie prawidłowości zastosowania przyjętej stawki podatku VAT.

Od wybranego wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Sp. z o.o. zamawiający żądał wskazania podstawy prawnej, na podstawie której wykonawca przyjął:

1. stawkę podatku VAT w wysokości 23% (a nie 8%) do robót objętych kosztorysem ofertowym wyposażenie i umeblowanie,
2. stawkę podatku VAT w wysokości 8% (a nie 23%) do robót ujętych w rozdziale 6 pn. Przyłącze kablowe kosztorysu ofertowego – Instalacje elektryczne.

Wyjaśnień jak w treści niniejszego pisma, należy udzielić (...) w terminie do 10.10.2012 r.

Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Sp. z o.o. w odpowiedzi podało „wyjaśniamy, że:

Ad 1. W kosztorysie ofertowym Wyposażenie i umeblowanie zastosowano 8 % podatek VAT z uwagi, że kuchenka 4-ro palnikowa z piekarnikiem elektrycznym stała zakwalifikowana jako urządzenie techniczne, a dostawę i montaż szafki pod zmywak zakwalifikowano jako zabudowę.

Ad 2. Przyłącze kablowe zawarte w rozdziale 6 kosztorysu ofertowego Instalacje elektryczne omyłkowo zostało zaliczone do instalacji wewnętrznych.

W związku z powyższym po przeanalizowaniu dokumentów stwierdzamy, że na dzień składania ofert zastosowanie 8% stawki podatku VAT dla w/wym. zakresu było w świetle obowiązujących przepisów i ich interpretacji niewłaściwe.”

Zamawiający w ofercie wybranego wykonawcy dokonał poprawy i powiadomił o tym wykonawcę. W odpowiedzi Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Sp. z o.o. podało. „Dotyczy; Zawiadomienie o poprawie omyłki polegającej na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty na podst. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP oraz wezwanie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP - „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej” W odpowiedzi na pismo z dnia 26.10.2012 r. znak ZP.WIM.271.4.84.2012 oświadczamy, że wyrażamy zgodę na poprawienie omyłki na stronie 84 poz. 33 kosztorysu ofertowego - Droga dojazdowa, ciągi piesze. Parkingi wraz z ukształtowaniem terenu - i zmianę w opisie robót grubości podsypki z odsiewek z 50 mm na 30 mm, doprowadzając do opisu zgodnego z przedmiarem Zamawiającego. (...).

Odwołujący POL-REM w odpowiedzi na wezwanie Proszę o wskazanie podstawy prawnej, na podstawie której Wykonawca przyjął:

1 - stawkę podatku VAT w wysokości 23% (a nie 8%) do robót objętych kosztorysem ofertowym wyposażenie.

2 - stawkę podatku VAT w wysokości 8% (a nie 23%) do robót ujętych w rozdziale 6 pn. Przyłącze kablowe kosztorysu ofertowego - Inst. elektr. wewn.

Wskazanie przyjętych ww. stawek podatku VAT należy podeprzeć interpretacją, która pozwoli na jednoznaczne potwierdzenie prawidłowości zastosowania przyjętej stawki podatku VAT podał:

Ad. 1 dotyczy wyposażenia. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) zwanej dalej również ustawą o VAT, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Towarami są rzeczy ruchome, a kuchnie gazowe i szafki pod zlewozmywak są towarami na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, czynność ta podlega opodatkowaniu według stawki podatku VAT w wysokości 23%. Zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym od 1 stycznia 2011 r. do dostawy elementów wyposażenia stanowiących części przynależne (pomocnicze) lokalu mieszkalnego należy zastosować podstawową stawkę podatku od towarów i usług tj. 23%.

Ad. 2 dotyczy przyłącza kablowego. Zgodnie z pkt. 4.1 opisu technicznego projektu dotyczącego instalacji elektrycznych, budynki będą zasilane linią kablową wykonaną przez ENION. Każdy segment będzie zasilany ze złącza kablowego ZK-3a zaprojektowanego i wykonanego wraz z linią kablową przez ENION. Według opisu, złącza kablowe ZK-3a ustawione zostaną przy ścianie budynku. Od każdego złącza ZK-3a zabudowanego przez ENION przy ścianie budynku, należy ułożyć kabel YKY 4x120 mm² do szafki zasilającej „ZS”, która zaprojektowana została wewnątrz budynku w wymiennikowni. Jak wynika z projektu i uzyskanych wyjaśnień od projektanta kabel ze złącza kablowego ZK-3a - ustawionego przy ścianie budynku, wprowadzony będzie przez ścianę do wymiennikowni i

ulożony wewnątrz budynku w rurach osłonowych do szafki „ZS”. Tak więc przyłącze od złącza ZK-3a do szafki „ZS” nie wychodzi poza obrys budynku. Zgodnie z art. 41 ust. 12 w związku z art. 146a pkt. 2 ustawy o VAT roboty budowlane i instalacyjne w wyniku których powstaną mieszkania o charakterze socjalnym i komunalnym podlegają 8% stawce podatku od towarów i usług. W oparciu o zmiany wprowadzone przez rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatkach od towarów i usług (Dz. U. Nr 246, poz. 1649) a obowiązujące od 1 stycznia 2011 r., w przedmiotowym przypadku winna być zastosowana preferencyjna - 8% stawka podatku VAT (zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia). Należy zaznaczyć, że zdaniem organów podatkowych z preferencyjnych stawek podatkowych korzysta wyłącznie budowa i remont budynków rozumianych jako obiekty budowlane wraz z wbudowanymi w bryle budynku instalacjami - co w przedmiotowym przypadku ma miejsce. Jednocześnie wyjaśniamy, że z taką interpretacją nie zgadza się NSA w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt IFSK 978/11 (załącznik do pisma).

Podobne stanowisko wynika z wcześniejszego wyroku NSA z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. akt I FSK 499/10 (załącznik do pisma).”

Odwołujący CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa Mgr inż. K.....
Ć..... na wezwanie: „1. proszę o udzielenie informacji do których robót kosztorysów ofertowych wykonawca policzył podatek VAT w wysokości 8%, a do których 23%, zgodnie z kwotami podanymi w formularzu ofertowym (...),

2. ponadto proszę o wskazanie podstawy prawnej, na podstawie której wykonawca przyjął taką, a nie inną stawkę podatku VAT do robót ujętych w kosztorysach ofertowych:

- wyposażenie i umeblowanie,
- przyłącze kablowe, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym instalacje elektryczne, udzielił następującej odpowiedzi:

„I. Zgodnie z kwotami podanymi w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do oferty policzyliśmy podatek VAT 8 % do następujących robót (kosztorysów ofertowych):

- a) architektura i konstrukcja
- b) indywidualny węzeł ciepłowniczy co (seg. A)
- c) indywidualny węzeł ciepłowniczy co (seg. B)
- d) instalacje wewnętrzne c.o. (seg. A)
- e) instalacje wewnętrzne c.o. (seg. B)
- f) roboty instalacji elektrycznej (wyłączając rozdział 6-przyłącze kablowe)
- g) wymiennik seg. A
- h) wymiennik seg. B
- i) wewnętrzne instalacje sanitarne

- natomiast policzyliśmy podatek VAT 23 % do następujących robót (kosztorysów

ofertowych):

- a) przyłącze do sieci ciepłowniczej budynków socjalnych,
- b) przyłącze do sieci ciepłowniczej budynków socjalnych - pismo PEC,
- c) droga dojazdowa, ciągi piesze, parkingi wraz z ukształtowaniem terenu,
- d) roboty inst. elektrycznej (rozdział 6 - przyłącze kablowe),
- e) oświetlenie zewnętrzne,
- f) zewnętrzne instalacje sanitarne,
- g) zagospodarowanie terenu wraz z elementami małej architektury,
- h) wyposażenie i umeblowanie,

2. Zaliczając przyłącze kablowe, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym (instalacje elektryczne) do opodatkowania stawką 23% VAT kierowaliśmy się indywidualną interpretacją IPTPP1/443-437/12-4/MG wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 11.09.2012 r., która wskazuje, iż do prac budowlanych wykonywanych poza budynkiem (studnie, przyłącza energetyczne, gazowe, wodociągowe, kanalizacyjne, tarasy, chodniki, wjazdy do garaży, opaski odwadniające wokół budynku oraz ogrodzenia) nie można stosować stawki preferencyjnej VAT 8%. Ww. usługi dotyczące infrastruktury towarzyszącej są opodatkowane wg stawki VAT 23 %. (w załączeniu interpretacja IPTPP1/443-437/12-4/MG).

Do robót ujętych w kosztorysie ofertowym „Wyposażenie i umeblowanie” przyjęliśmy stawkę podatku w wysokości 23 % opierając się na licznych interpretacjach indywidualnych oraz informacjach podawanych w Biuletynach Informacyjnych dla Służb Ekonomiczno-Finansowych (w załączeniu Poradnik VAT nr 23 (287) z dnia 10.12.2010; Poradnik VAT nr 11 (323) z dnia 10.06.2012), mówiące że dostawa elementów wyposażenia niestanowiąca części składowych lokalu mieszkalnego, do których należy zaliczyć: sprzęt AGD, meble trwale wbudowane w bryłę lokalu (np. zabudowa kuchenna), szafy wnękowe, inne szafy i szafki - podlega opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%.

Odwołujący DOMBUD na wezwanie: „Proszę o udzielenie informacji do których robót kosztorysów ofertowych (wykonawca policzył podatek VAT w wysokości 8%, a do których 23%, zgodnie z kwotami podanymi w formularzu ofertowym (...),

2. Ponadto proszę o wskazanie podstawy prawnej, na podstawie której wykonawca przyjął taką, a nie inną stawkę podatku VAT do robót ujętych w kosztorysach ofertowych:

- wyposażenie i umeblowanie,
- przyłącze kablowe, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym instalacje elektryczne, udzielił następującej odpowiedzi:

„ ad. I.

a) Podatek VAT w wysokości 8% został naliczony do następujących kosztorysów ofertowych:

Branża budowlana:

Instalacje c.o. - segment A

Instalacje c.o. - segment B

Indywidualny węzeł ciepłowniczy c.o. - segment A

Indywidualny węzeł ciepłowniczy c.o. - segment B

Wewnętrzne instalacje sanitarne

Instalacje elektryczne (poz. 1-5, patrz: tabela elementów skalonych)

Instalacje elektryczne w wymiennikowni: segment A

Instalacje elektryczne w wymiennikowni: segment B

b) Podatek VAT w wysokości 23% został naliczony do następujących kosztorysów ofertowych:

Instalacje elektryczne (poz. 6, patrz: tabela elementów skalonych),

Zagospodarowanie terenu,

Droga dojazdowa,

Oświetlenie zewnętrzne,

Wyposażenie i umeblowanie,

Zewnętrzne instalacje sanitarne,

Przyłącze do sieci ciepłowniczej (poz. patrz: tabela elementów skalonych),

ad. 2.

Na podstawie art. 41 ust 1 w związku z art. 146a pkt. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. 2011 r. Nr 177 poz. 1054, ze zm.) zastosowaliśmy stawkę 23% podatku VAT do robót ujętych w kosztorysach ofertowych:

a) wyposażenie i umeblowanie,

b) przyłącze kablowe, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym Instalacje elektryczne.

Zasadą bowiem jest, że czynność podlega opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%, jeśli przepis szczególnie nie uprawnia podatnika do zastosowania innej stawki.

ad. a) W przypadku usług związanych z wyposażeniem i umeblowaniem lokali, obejmujących dostawę i montaż kuchenek oraz szafek pod zlewozmywak, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt. 1 ustawy, zastosowano stawkę 23% ponieważ usługi te są w istocie zaopatrywaniem lokalu w elementy wyposażenia, niestanowiące jego elementów konstrukcyjnych, podnoszą jedynie jego użyteczność i funkcjonalność, a tym samym nie mogą być traktowane jako remont, modernizacja, termomodernizacja, czy też przebudowa, co wyklucza możliwość zastosowania zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%.

ad. b) W przypadku przyłączy kablowych zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt,

1, ustawy zastosowano stawkę 23%, gdyż roboty te są robotami zewnętrznymi, wykonywanymi poza bryłą wznoszonego budynku zaliczanego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym i zgodnie z art. 146 ust. 3 ustawy należą do prac związanych z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, dla który ustawodawca zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy nie przewidział możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%.

Pismem z dnia 18 października 2012 r. zamawiający wezwał odwołującego DOMBUD do dalszych wyjaśnień.

„W związku ze złożonymi wyjaśnieniami treści oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) na zadanie pn.: „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej” zamawiający informuje co następuje. W złożonej przez Wasze Przedsiębiorstwo ofercie w postępowaniu przetargowym jw. w Formularzu ofertowym wartość wynagrodzenia netto wynosi 4 975 195,91 zł, wartość podatku VAT (8%, 23%) 524 325,45 zł, a wartość brutto 5 499 521,36zł.

Na stronie 54 oferty w Zestawieniu kosztorysów Wykonawca podaje: kwotę 8% podatku VAT, która wynosi 330 650,45 zł i kwotę 23% podatku VAT wynoszącą 193 675 zł (razem 524 325,45zł). Złożonym pismem (...) z 12.10.2012 r. w wyjaśnieniu treści złożonej oferty Wykonawca precyzuje, do których robót - kosztorysów ofertowych policzył VAT w wysokości 8%, a do których 23%. Zamawiający sprawdzając ofertę i stosując zasadę podaną przez Wykonawcę w ww. wyjaśnieniu stwierdza, że wartość netto robót wynosi 4 975 195,91 zł, wartość podatku VAT wynosi 534 389,63 zł (w tym 8% podatek VAT wynosi 325 282,89 zł, a 23% podatek VAT 209 106,74 zł), a wartość brutto 5 509 585,54 zł. W związku z powyższym Zamawiający ponownie wzywa do złożenia wyjaśnienia treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp w zakresie rozbieżności w wartości podatku VAT ogółem, wartości 8% podatku VAT, wartości 23% podatku VAT i wartości brutto między danymi w Formularzu Ofertowym i Zestawieniu kosztorysów, a wyliczeniem sprawdzającym te wartości przez Zamawiającego w oparciu o pismo L dz. RM/165./2012.

Do wezwania został dołączony Arkusz I - Zestawienie kosztorysów - Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. (...)

Budowa wielorodzinnego budynku mieszkalnego z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej:

Zamawiający przedstawił samodzielnie wykonane wyliczenie sprawdzające w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy.

1. Podatek VAT w wysokości 8% został naliczony do następujących kosztorysów ofertowych:

- Branża budowlana - 3 103 127,91 zł,

- Instalacje c.o. - segment A - 122 208,67 zł,
- Instalacje c.o. - segment B - 122 155,15 zł,
- Indywidualny węzeł ciepłowniczy c.o. - segment A - 41 097,92 zł,
- Indywidualny węzeł ciepłowniczy c.o. - segment B - 42 031,73 zł,
- Wewnętrzne instalacje sanitarne - 295 380,63 zł,
- Instalacje elektryczne (po. 1-5, patrz: tabela elementów scalonych) - 328 774,43 zł,
- Instalacje elektryczne w wymiennikowni: segment A - 5 629,87 zł,
- Instalacje elektryczne w wymiennikowni: segment B - 5 629,87 zł,

Razem wartość netto: 4 066 036,18 zł, podatek VAT 8%: 325 282,89 zł.

2. Podatek VAT w wysokości 23% został naliczony do następujących kosztorysów ofertowych:

- Instalacje elektryczne (poz. 6, patrz: tabela elementów scalonych) - 8 917,60 zł,
- Zagospodarowanie terenu - 47 650,59 zł,
- Droga dojazdowa - 267 750,85 zł,
- Oświetlenie zewnętrzne - 62 878,42 zł,
- Wyposażenie i umeblowanie - 58 176,90 zł,
- Zewnętrzne instalacje sanitarne - 252 579,92 zł,
- Przyłącze do sieci ciepłowniczej (poz. patrz: tabela elementów scalonych) - 84 043,03 zł,
- Przyłącze do sieci ciepłowniczej (poz. patrz: tabela elementów scalonych) - 127 162,42 zł,

Razem wartość netto : 909 159,73 zł, podatek VAT 23% : 209 106,74 zł.

Ogółem wartość netto : 4 975 195,91 zł Podatek VAT (8% i 23%) : 534 389,63 zł. Ogółem wartość brutto : 5 509 585,54 zł.”

W odpowiedzi na powyższe odwołujący DOMBUD pismem z dnia 23.10.2012 r. oświadczył co następuje: „Na stronie 54 naszej oferty w Zestawieniu kosztorysów przy sumowaniu i mnożeniu odpowiednich wartości, na skutek przypadkowego przesunięcia w kolumnach, omyłkowo została wpisana jako wartość podatku VAT 8 % kwota 330 650,45 zł, zamiast, jak słusznie zauważa Zamawiający, kwoty 325 282,89 zł, natomiast jako wartość podatku VAT 23 % omyłkowo została wpisana kwota 193 675 zł, zamiast kwoty 209 106,74 zł.

Wskazane przez Zamawiającego rozbieżności między danymi w formularzu ofertowym i zestawieniu kosztorysów, a wyliczeniem sprawdzającym są zatem konsekwencją rachunkową ww. omyłki w tabelach obliczeniowych (przesunięcie w kolumnach). O oczywistości ww. omyłki świadczy fakt, że Zamawiający wskazał prawidłową wartość podatku VAT (8,23 %), która winna znaleźć się w naszej ofercie.”

Zamawiający nie odrzucił oferty DOMBUD z powyższej przyczyny.

Pismem z dnia 5 listopada 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Sp. z o. o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Pozostałe 7 ofert, tj:

1. Konsorcjum Firm : Podhalańska Grupa Budowlana „ROBEX-BUD” R..... P..... –Lider, 34-713 Skawa, Skawa 52 B P.H.U. P..... S..... P..... –Uczestnik 34-713 Skawa,
2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „POL-REM” Spółka z o.o. 42-300 Myszków, „COMPLEX EURO WORLD” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa Mgr inż. K..... Ć....., 32-310 Klucze,
3. Zakład Remontowo-Budowlany „S..... P.....” 32-300 Olkusz,
4. Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. 40-059 Katowice,
5. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. 40-282 Katowice,
6. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTERIN” K..... W..... 40-007 Katowice,

- zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny, z następującym uzasadnieniem:

Wykonawca (odwołujący A, POL-REM). jw. do robót ujętych w kosztorysie ofertowym pn.: „wyposażenie”, zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT, tj. 23% zamiast 8%.

Wykonawca (odwołujący B, CEW K..... Ć.....) do robót ujętych w kosztorysie ofertowym pn.: „wyposażenie, meblowanie i do przyłącza kablowego” zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT, tj. 23% zamiast 8%.,

Wykonawca (odwołujący C, DOMBUD) do robót ujętych w kosztorysie ofertowym pn.: „wyposażenie, meblowanie i do przyłącza kablowego” zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT, tj. 23% zamiast 8%.

Zamawiający w celu zweryfikowania zasadności zastosowanych stawek podatku VAT zwrócił się do wykonawcy, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień pozwalających na jednoznaczne potwierdzenia prawidłowości zastosowania przyjętej stawki podatku VAT.

Dokonując oceny przedłożonych wyjaśnień zamawiający uznał, że ich treść nie potwierdza zasadności zastosowania przyjętej stawki podatku VAT.

Żle przyjęta przez wykonawcę stawka podatku VAT nie może zastać zakwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawie, gdyż była wynikiem świadomego działania wykonawcy.

Wobec powyższego, zgodnie z uchwałami Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11, jak również uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej

sygn. akt KIO/KD 54/12 „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 98 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) oferta podlega odrzuceniu.

Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków S.A.” 30-705 Kraków zamawiający wykluczył z postępowania.

W postępowaniu nadal uczestniczą wykonawcy, których ceny ofert przedstawiają się następująco:

1. Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD – cena brutto oferty - 5 499 521,36 zł,
2. CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa Mgr inż. K..... Ć..... – cena brutto oferty – 6 330 146,29 zł
3. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe POL-REM Spółka z o.o. - cena brutto oferty - 5 238 130,58 zł
4. Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane A. P..... i Spółka Sp. z o.o. - cena brutto oferty - 6 817 790,03 zł.

Pozostali wykonawcy, których oferty zostały odrzucone nie wnieśli środków zaskarżenia.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, do protokołu rozprawy - zaprzeczył zarzutom naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczaniu ceny i wnosił o oddalenie odwołań. Odnosząc się do kwestii merytorycznych zarzutów wniesionych odwołań, w szczególności co do przyjętych przez niego za właściwe podstaw zastosowania opodatkowania w wysokości 8% w odniesieniu do pozycji kosztorysowej:

1. „wyposażenie i umeblowanie”
 2. do „przyłącza kablowego”, które jest rozdziałem 6 w kosztorysie ofertowym roboty instalacyjne elektryczne.
- podał, co następuje.

Przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.) w § 92 ust. 2 przewidują, że kuchnia w lokalu powinna być wyposażona, między innymi w trzon kuchenny i zlewozmywak. Z kolei rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 29 lipca 2009 r. w sprawie finansowego wsparcia na tworzenie lokali socjalnych (...) (Dz. U. Nr 120, poz. 1001 ze zm.) przewiduje zakres i tryb finansowania tworzenia lokali socjalnych. W ocenie zamawiającego zakres koniecznego wyposażenia lokali socjalnych determinuje też, iż do wyposażenia w kuchenki elektryczne i

obudowy zlewozmywaków zasadne było przyjęcie stawki podatku VAT 8%. Swoje stanowisko zamawiający poparł pismami projektanta z dnia 24, 21 października 2012 r., że „W przedmiotowych budynkach zaprojektowano wyposażenie zgodne z § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 29 lipca 2009 r. w sprawie finansowego wsparcia na tworzenie lokali socjalnych (...), tj. między innymi:

a) zlewozmywak,

b) czteropalnikową kuchenkę gazową lub na inne paliwo lub równoważną użytkowo kuchenkę elektryczną,

- są to elementy niezbędne do funkcjonowania mieszkania.

W odniesieniu do przyłącza elektroenergetycznego zamawiający powołał się na odpowiedzi projektanta Pracowni Projektowej Architekt mgr inż. H P.....- H..... z dnia 12 października 2012 r., „że rozpatrywany odcinek linii od złącza kablowego ZK3a do rozdzielni głównej stanowi wewnętrzną linię zasilającą i przynależy do budynku. Jest to rozdział 6 w przedmiarze i kosztorysie inwestorskim instalacje elektryczne.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazali legitymację do wniesienia odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiadają bowiem interes w uzyskaniu zamówienia. Wobec wniesienia odwołań przez trzech wykonawców na czynności odrzucenia ich ofert - wynik postępowania pozostaje nieustalony, zatem istnieje możliwość wyboru oferty któregoś z odwołujących jako najtańszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o kryterium najniższej ceny - w sytuacji gdyby znalazły potwierdzenie zarzuty, że czynności zamawiającego - odrzucenia danej oferty zostały podjęte z naruszeniem prawa.

Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującymi a zamawiającym jest czynność polegająca na odrzuceniu złożonych ofert z uwagi na zastosowanie przez wymienionych wykonawców nieprawidłowej, zdaniem zamawiającego, stawki 23% podatku od towarów i usług (VAT), w odniesieniu do czynności opodatkowanych, objętych w przekonaniu zamawiającego – 8% stawką podatku VAT.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego POL-REM, że podane uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia ofert pozostawało niepełne i niewystarczające w świetle wymagań art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się bowiem jedynie na postawę z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pomijając jednocześnie jakkolwiek ocenę faktyczną i prawną w oparciu o przepisy ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym odrzucenia ofert nie wyjaśnił przyczyn dla których zasadne jest przyjęcie stawki 8% a jedynie arbitralnie przyjął, że wykonawcy wadliwie ustalili cenę z naliczeniem podatku w stawce 23%. Swoje stanowisko w tej kwestii przedstawił dopiero do

protokołu rozprawy.

Przypomnieć należało, że zamawiający winien jest prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady jawności i przejrzystości, co oznacza że zobowiązany jest do przesłania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia zawierającego podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty. Nie ulega wątpliwości, że z zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) wywieść można obowiązek zamawiającego polegający na upublicznieniu, którą ofertę uznano za odrzuconą i z jakich przyczyn, w celu umożliwienia uczestnikom postępowania ustalenia, czy faktycznie prawidłowo zamawiający uznał, że oferta wykonawcy podlega takiemu odrzuceniu.

Zasada jawności oraz zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nagannym i niedopuszczalnym, jest więc precyzowanie podstawy odrzucenia ofert dopiero na etapie rozprawy.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba miała na uwadze, że opisany przedmiot zamówienia obejmuje „wykonanie robót budowlanych p.n.: „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej”, w szczególności:

„1. Budynek mieszkalny z lokalami socjalnymi składający się z dwóch segmentów połączonych na piętrach galeriami. Jest to budynek niepodpiwniczony, 3 kondygnacyjny z dwoma indywidualnymi oraz jedną wspólną klatką schodową, dla którego opracowano przedmiary robót w następujących zakresach:

- 1.1. architektura konstrukcja,
- 1.2. instalacje wodno-kanalizacyjne,
- 1.3. instalacje elektryczne - w tym rozdział 6 przyłącze,
- 1.4. instalacje elektryczne wymiennikowni - segment A,
- 1.5. instalacje elektryczne wymiennikowni - segment B,
- 1.6. indywidualny węzeł ciepłowniczy - segment A,
- 1.7. indywidualny węzeł ciepłowniczy - segment B,
- 1.8. instalacja co segment A,
- 1.9. instalacja co segment B,
- 1.10. wyposażenie i umeblowanie. (39200000-4 wyposażenie domowe),
- 2.1. Zagospodarowanie terenu wraz z elementami małej architektury,
- 2.2. Przyłącze do sieci ciepłowniczej,
- 2.3. Sieci i przyłącza wodno-kanalizacyjne,
- 2.4. Droga dojazdowa, ciągi piesze wraz z ukształtowaniem terenu,
- 2.5. Oświetlenie uliczne.

Cały zakres robót do realizacji zawiera dokumentacja projektowa stanowiąca zał. nr 7 do SIWZ.

Przedmiar robót sporządzony przez zamawiającego, w części dotyczącej "wyposażenia i umeblowania" w rozdziale 1 w pozycji 1 przewiduje dostawę i montaż kuchenki 4 - palnikowej z piekarnikiem (zasilanie kuchenki elektryczne). W pozycji 2 mowa jest o dostawie i montażu szafki pod zlewozmywak. Zarówno ilość szafek jak i kuchenek jest jednakowa i wynosi po 58 sztuk.

Z kolei w części kosztorysu dotyczącej instalacji elektrycznej (rozdział 6), który stanowi o „przyłączach kablowych”, zakres robót budowlanych przewiduje między innymi układanie kabli elektrycznych jako „przyłącze kablowe” energetyczne do budynku. W tym, między innymi ręczne kopanie rowów dla kabli o głębokości do 0,8 m i szerokości 0,4 m w gruncie kategorii IV w ilości 40 m.b.; ułożenie rur osłonowych AROT 110 mm, w ilości 20 m.b.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpatrywane odwołania, stawka podatku od towarów i usług została wprost określona przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ jako wiążąca dla wykonawców w wysokości 23% oraz 8% podatku VAT poprzez wskazanie, że w odniesieniu do robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%. (wyjaśnienia do SIWZ z 13 września 2012 r.: „W zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%”).

W SIWZ zamawiający nie określił jednak zakresu robót, w odniesieniu do którego wykonawca będzie zobowiązany zastosować stawkę podstawową tego podatku, a w odniesieniu do jakiego zakresu będzie uprawniony stosować - 8% stawkę podatku VAT. W szczególności takiego precyzyjnego określenia nie spełniają udzielone wyjaśnienia, że w zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% oraz 23%. Zamawiający ukształtował postanowienia SIWZ w tym zakresie poprzez zmianę zapisu pkt. 23.2. ppkt. b SIWZ, który otrzymał brzmienie: „wartość podatku od towarów i usług (VAT) wg obowiązujących stawek.”

Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że z uwagi na narzucony przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 29 lipca 2009 r. w sprawie finansowego wsparcia na tworzenie lokali socjalnych (...) wchodzących w skład zasobu mieszkaniowego gminy (Dz. U. Nr 120, poz. 1001 ze zm.), zakres wyposażenia lokalu socjalnego w kuchenki elektryczne oraz zlewozmywaki wraz z obudową meblową - stanowią

dostawę, korzystającą z preferencyjnej stawki opodatkowania VAT 8%, tak jak całość budynku. Konieczny zakres wyposażenia lokalu mieszkalnego nie przesądza bowiem o uzasadnieniu stosowania oznaczonych stawek podatku VAT.

Decydujące znaczenie, tak w odniesieniu do poprawnego sposobu opodatkowania dostawy zarówno wyposażenia, jak i przyłączy elektroenergetycznych do budynku mają odnośne postanowienia ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011, Nr 177, poz. 535), dalej także zwana ustawa o VAT oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy, które stanowią.

Przepis art. 41 ustawy o VAT (Dział VIII - wysokość opodatkowania, w Rozdział 1-stawki), stanowi że:

1. Stawka podatku wynosi 22% (zgodnie z art. 146a ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%), z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.

2. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7% (zgodnie z art. 146a ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%), z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (...).

Ust. 12. Stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Ust. 12a. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, z zastrzeżeniem ust. 12b.

Ust. 12b. Do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się:

- 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m²;
- 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

Ust. 13. Towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, niewymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej podlegają opodatkowaniu stawką w wysokości 22% (obecnie 23%), z wyjątkiem tych, dla

których w ustawie lub przepisach wykonawczych określono inną stawkę.

Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 73, poz. 392 ze zm.) obowiązującego od dnia 6 kwietnia 2011 r., stawkę podatku VAT wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT obniża się do wysokości 8% dla:

1. towarów i usług wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia;
2. robót konserwacyjnych dotyczących budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;
3. robót konserwacyjnych dotyczących:
 - a. obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,
 - b. lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12
 - w zakresie w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 2.

W świetle obowiązujących przepisów prawa należy stwierdzić, że stawka podatku VAT w wysokości 8% w kontekście przedmiotowego postępowania dotyczy:

- dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o którym mowa w art. 41 ust. 12a i 12b ustawy o VAT.

Z kolei przepis art. 146 ust. 3 ustawy o VAT, zawiera definicję legalną pojęcia „infrastruktura towarzysząca.”

Przy tym zasadą jest, że czynność podlega opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%, jeśli przepis szczególny nie uprawnia podatnika do zastosowania innej stawki.

W przypadku usług związanych z wyposażeniem i umeblowaniem lokali, obejmujących dostawę i montaż kuchenek oraz szafek pod zlewozmywak, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt. 1 ustawy o VAT, należy zastosować stawkę 23% podatku, ponieważ usługi te są w istocie zaopatrywaniem lokalu w elementy wyposażenia, niestanowiące jego elementów konstrukcyjnych, podnoszą jedynie jego użyteczność i funkcjonalność, a tym samym nie mogą być traktowane jako remont, modernizacja, termomodernizacja, czy też przebudowa - co wyklucza możliwość zastosowania zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%. Do „wyposażenia i umeblowania – powinna zostać przyjęta stawka podatku VAT - 23%. Podstawa prawna zastosowanej stawki podatku VAT to art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Dostawa i montaż wyposażenia w postaci kuchenek elektrycznych (PKWiU 27.51.28.0) oraz szafek pod zlewozmywaki (PKWiU 31.02.10.0) podlegają

opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług wg stawki podstawowej w wysokości 23%, gdyż brak w obowiązujących przepisach w zakresie podatku od towarów usług podstawy prawnej do stosowania w tym przypadku obniżonej stawki podatku.

W ślad za interpretacjami indywidualnymi Ministerstwa Finansów z 22 grudnia 2011r., nr PT8/033/45/WCX/11/PT-1413 oraz z 23 grudnia 2011 r., nr PT8/033/46/WCX/11/PT-1417 i nr PT8/033/47/WCX/11/PT- 1418) oraz odpowiedzi Ministra Finansów z dnia 18 sierpnia 2011 r. na interpelację poselską nr 23652 w odniesieniu do usługi tzw. „trwałej zabudowy meblowej w obiektach budownictwa mieszkaniowego objętego społecznym programem mieszkaniowym” Izba uznała, że elementy wyposażenia lokalu w sprzęt AGD – jakim jest kuchenka elektryczna i oraz elementy umeblowania - nie mogą korzystać z preferencyjnej stawki podatku VAT.

W przypadku gdy przedmiotem dostawy będzie lokal mieszkalny (spełniający definicję ustawową budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym), który został wykończony pod klucz - obniżona 8% stawka ma zastosowanie w odniesieniu do elementów wyposażenia spełniających definicję części składowych lokalu mieszkalnego w rozumieniu przepisów art. 47 Kodeksu cywilnego (kafelki, glazura i terakota, „biały montaż”, armatura, oświetlenie trwale związane z lokalem oraz podłogi). Są to bowiem te części, których odłączenie spowoduje uszkodzenie lub istotną zmianę całości lokalu, bądź też uszkodzenia lub zmianę elementu odłączonego (jego bezużyteczność). Dostawa natomiast elementów wyposażenia niestanowiąca części składowych lokalu mieszkalnego, do których należy zaliczyć: sprzęt AGD (w tym kuchenki elektryczne), meble trwale wbudowane w bryłę lokalu (itp. zabudowy kuchenne), szafy wnękowe, inne szafy i szafki - podlega opodatkowaniu stawką podstawową, tj. 23%. Bez znaczenia dla powyższej oceny pozostawały argumenty zamawiającego, że kuchnie elektryczne podłączone zostają do przystosowanej instalacji 380 V przez osoby mające wiedzę fachową w tym zakresie. Fakt, że obudowa meblowa zlewozmywaka służy jednocześnie jego oparciu – nie przesądza o tym, iż staje się ona urządzeniem technicznym budynku, nie wpływa też w żaden sposób na wysokość stosowanej stawki podatku VAT.

Także dalsze przedłożone interpretacje potwierdzają prawidłowość zastosowania stawki podstawowej podatku VAT do zabudowy meblowej oraz wyposażenia w sprzęt AGD lokali mieszkalnych. Organy podatkowe w aktualnie wydawanych interpretacjach indywidualnych zasadniczo zgodnie przyjmują, iż obniżona 8% stawka VAT nie ma zastosowania do montażu zabudowy wnękowej oraz mebli kuchennych - przykładowo: w interpretacji indywidualnej z dnia 13 lutego 2012 r., IPTPP1/443-1024/11-2/MH, Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi wskazał, iż „do wykonywanych przez wnioskodawczynię czynności zabudowy wnękowych, w obiektach zaliczanych do budownictwa objętego społecznym

programem mieszkaniowym, począwszy od dnia 1 stycznia 2011 r., należy stosować stawkę 23% podatku od towarów usług, bowiem czynności tych nie można uznać za wymienione w art. 41 ust. 12 u.p.t.u., jak również za roboty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 r.u.p.t.u. W ocenie tutejszego organu wykonywane przez wnioskodawczynię ww. czynności nie stanowią czynności wymienionych w art. 41 ust.12 u.p.t.u., gdyż w istocie czynności te są jedynie zaopatrywaniem np. lokalu mieszkalnego w elementy wyposażenia, niestanowiące jego elementów konstrukcyjnych. Zabudowy wewnątrz są w istocie tylko zabudową meblową, nie mogą być więc uznane za instalacje lub urządzenia techniczne budynku. W interpretacji Indywidualnej sygnatura: ILPPI/443-1161/II-2/AWa Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu potwierdził, iż: „zastosowanie obniżonej (8%) stawki VAT do świadczonych usług polegających na montażu trwałej zabudowy kuchennej wraz z blatem i urządzeniami do zabudowy, tj. płyt grzewczych i piekarników, zmywarek, lodówek oraz na montażu elementów saun i wszelkich elementów związanych z ich funkcjonowaniem jest nieprawidłowe. Również orzecznictwo sądów administracyjnych potwierdza konieczność opodatkowania usług polegających na montażu trwałej zabudowy wewnątrz i mebli kuchennych według podstawowej 23% stawki VAT - przykładowo w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., I SA/OI 674/11, WSA w Olsztynie wskazał, iż „analiza powołanych wyżej przepisów § 37, obowiązującego do dnia 31 grudnia 2010 r. rozporządzenia z dnia 24 grudnia 2009 r. oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia z 22 grudnia 2010 r. a także § 7 ust. 1 obecnie obowiązującego rozporządzenia z dnia 4 kwietnia 2011 r. prowadzi do wniosku, iż zakres stosowania obniżonej stawki podatku uległ znacznemu zawężeniu. Z listy usług objętych preferencyjną stawką usunięto bowiem roboty budowlano-montażowe dotyczące obiektów budownictwa mieszkaniowego. W konsekwencji czynności wykonywane przez stronę polegające na montażu stałej zabudowy wewnątrz i kuchennej z zakupionych płyt meblowych, blatów, luster i elementów metalowych dociętych na konkretny wymiar trwale montowane w budynku mieszkalnym, które podlegały obniżonej stawce podatku VAT do 31 grudnia 2010 r., podlegają począwszy od 1 stycznia 2011 r. opodatkowaniu stawką 23%”. „Podsumowując, czynności polegające na montażu trwałej zabudowy wewnątrz i mebli kuchennych powinny być traktowane jako jedno świadczenie (poszczególne elementy częściowe nie stanowią - dla celów VAT - odrębnych, samodzielnych świadczeń). Do dnia 31 grudnia 2010 r. montaż trwałej zabudowy wewnątrz i mebli kuchennych mógł korzystać z preferencyjnej 8% stawki podatku VAT, jeżeli dotyczył m.in. budynków mieszkalnych stałego zamieszkania sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 lub ich części (z wyłączeniem lokali użytkowych). Od dnia 1 stycznia 2011 r. do tego typu usług zastosowanie ma podstawowa 23% stawka VAT.”

Z powyższych względów Izba uznała, że do dostawy kuchenek elektrycznych oraz

obudowy zlewozmywaków, wszyscy odwołujący zastosowali prawidłowe stawki podatku VAT w wysokości 23%, a zamawiający bezpodstawnie z naruszeniem art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dokonał odrzucenia ofert odwołujących z wymienionej przyczyny – jako zawierających błąd w obliczeniu ceny z uwagi na nieprawidłową stawkę podatku VAT dla oznaczonych pozycji kosztorysowych – wyposażenie i umeblowanie. (39200000-4 wyposażenie domowe).

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów stawianym ofertom odwołujących CEW inż. K..... Ć..... oraz DOMBUD S.A. - że wykonawcy stosując 23% VAT w odniesieniu do kablowych przyłączy elektroenergetycznych, będących rozdziałem 6 w kosztorysach ofertowych „Roboty instalacyjne elektryczne” – popełnili błąd w obliczeniu ceny, albowiem do tego przedmiotu opodatkowania właściwa jest stawka 8% podatku VAT, uwzględniając przy tym stanowiska odwołań dotyczące kwestionowanych czynności zamawiającego, Izba odniosła się do nich w następujący sposób.

Zamawiający udzielając wyjaśnień do SIWZ, iż „w zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, należy stosować odrębne stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%”, wyraźnie dał do zrozumienia wykonawcom, że oczekuje zastosowania do infrastruktury towarzyszącej właściwej stawki podatku VAT, tj. 23%.

Przepis art. 146 ust. 3 ustawy o VAT, zawiera definicję legalną pojęcia „infrastruktura towarzysząca”, zgodnie z którym przez infrastrukturę towarzyszącą budownictwa mieszkaniowego, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, rozumie się:

- 1) sieci rozprowadzające, wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych,
 - 2) urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i małą architekturę,
 - 3) urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne
- jeżeli są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Ministra Finansów: „Przepis ten nie został uchylony, jedynie skończył się (z dniem 31 grudnia 2007 r.) przewidziany w tym przepisie okres stosowania na jego podstawie obniżonej stawki podatku(...). Przejściowość powyższego przepisu polega na tym, że ustała przewidziana w nim możliwość stosowania na czas określony obniżonej do 7% stawki podatku dla tego rodzaju robót.” Powyższe potwierdza treść wyroku NSA sygn. akt I FSK 368/10 z dnia 8 marca 2011 r.

Od dnia 1 stycznia 2011 r. preferencyjną 8% stawkę podatku stosuje się tylko w odniesieniu do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy związanych wyłącznie z budownictwem mieszkaniowym objętym programem społecznego budownictwa mieszkaniowego oraz robót konserwacyjnych, dotyczących obiektów wskazanych w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3 powołanego wyżej rozporządzenia. Tym samym, obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują obniżenia stawki podatku dla dostawy infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu.

Preferencyjne zasady opodatkowania podatkiem VAT zostały utrzymane w ustawie w jej obecnym brzmieniu jedynie w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym. Natomiast budowa infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu ze stawki 8% podatku VAT nie korzysta.

W odniesieniu do robót ujętych w kosztorysie ofertowym „branża elektryczna”, rozdział 6 - przyłącze kablowe, należy stwierdzić, że przepisy ustawy o VAT nie definiują pojęcia budowy, modernizacji, przebudowy, remontu obiektu budowlanego (lub jego części), choć ustalenie znaczenia wymienionych pojęć decyduje o prawie lub jego braku do preferencyjnego opodatkowania. Skoro więc w ramach prawa podatkowego brakuje regulacji, które wyjaśniałyby znaczenie użytych pojęć, posiłkowo należy posłużyć się definicjami wynikającymi z odrębnych ustaw tj. pojęciami zdefiniowanymi przez ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity z 2010 r. Dz. U Nr 243 poz. 1623 z późniejszymi zmianami) nadając im tym samym jednolite znaczenie w ramach systemu prawa. Ustawa o podatku od towarów i usług określa natomiast w art. 146 ust. 3 pkt 1 zakres pojęcia infrastruktury towarzyszącej, w ten sposób, iż przez infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, rozumie się, między innymi:

1) sieci rozprowadzające, wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych.

Z art. 3 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wynika, że obiekt budowlany to budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Budynek natomiast, to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

Z kolei przepis § 2 punkt 15 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz. U. Nr 93, poz. 623 z późn. zm.) mówi, że „Przyłącze to odcinek lub element sieci służący do połączenia urządzeń, instalacji lub sieci podmiotu, o wymaganej przez niego mocy

przyłączeniowej, z pozostałą częścią sieci przedsiębiorstwa energetycznego świadczącego na rzecz podmiotu przyłączanego usługę przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej." Natomiast zgodnie z art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne, użyte w ustawie określenia oznaczają: "sieci - instalacje połączone i współpracujące ze sobą służące do przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstwa energetycznego".

W przedmiarze na „roboty elektryczne” rozdział 6 zamawiający użył określenia „przyłącze kablowe”. W wyjaśnieniach projektanta z dnia 12 października 2012 r. podano, „że rozpatrywany odcinek linii od złącza kablowego ZK-3a do rozdzielni głównej stanowi wewnętrzną linię zasilającą i przynależy do budynku. Jest to rozdział 6 w kosztorysie inwestorskim instalacje elektryczne”. Wyjaśnienie to, pomijając fakt, że zostało wydane po terminie składania ofert (24 września 2012 r.) nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia, że owa wewnętrzna linia zasilająca będzie przebiegać wyłącznie w obrębie bryły budynku.

Niezależnie od tego, że pewien odcinek linii kablowej nazwany „przyłączem kablowym” doprecyzowanym jako „wewnętrzna linia zasilająca” może przebiegać poza budynkiem – końcowy jego fragment wraz z urządzeniami sytuowany jest w obrębie budynku. Czynności budowy przyłączenia budynku do elementu końcowego sieci dostawcy (złącze kablowe ZK-3a) powinny być traktowane jako jedno świadczenie bowiem poszczególne elementy cząstkowe nie stanowią - dla celów VAT - odrębnych, samodzielnych świadczeń.

W warunkach przyłączenia energii elektrycznej dla zamawiającego wydanych dnia 26 lutego 2010 r. (termin ważności 2 lata od daty wydania), przedstawianych w dokumentacji przetargowej zapisano, że wykonanie instalacji elektrycznej w obiekcie Przyłączanego podmiotu oraz urządzeń elektroenergetycznych instalacji od obiektu do miejsca rozgraniczenia własności wraz z miejscem pod zabudowę układów pomiarowych – wykonuje własnym kosztem i staraniem podmiot przyłączany. Miejsce rozgraniczenia własności urządzeń: zaciski prądowe na wyjściu od zabezpieczenia głównego w złączu w kierunku instalacji odbiorcy. Opis techniczny projektu pkt 4.1 podaje, że wymienione „złącza zostaną ustawione przy ścianie obok pomieszczenia technicznego budynku.”

W definicji budynku (obiekту budowlanego) nie mieszczą się zatem elementy infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Stąd też - jak uznają organy podatkowe - ich wykonanie nie może być objęte preferencyjną stawką VAT. Wyjątkowo klarowne stanowisko w tej kwestii zawiera interpretacja indywidualna IPTPP1/443-437/12-4/MG z dnia 11 września 2012 r. Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, stwierdzająca że: „Do infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu zalicza się zewnętrzne (względem budynku) sieci rozprowadzające i inne elementy. Natomiast jedynie sieci

znajdujące się wewnątrz budynku (w jego bryle) są elementami tego budynku. I tak, w myśl powyższego wszelkie prace dotyczące sieci wewnętrznych w budynkach mieszkalnych (budownictwie mieszkaniowym) są pracami dotyczącymi budownictwa mieszkaniowego, natomiast roboty ogólnobudowlane, tj. roboty dotyczące studni, przyłącza energetycznego, gazowego, wodociągowego, kanalizacyjnego, tarasów, chodników, wjazdu do garaży (od granicy działki do budynku mieszkalnego) opaski odwadniające wokół budynku oraz ogrodzenia wykonane poza bryłą budynku należą do prac związanych infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu." Takie też stanowisko zaprezentował NSA w wyroku z 8 marca 2011 r., sygn. akt I FSK 368/10. Sąd stwierdził, że budowy budynku i infrastruktury towarzyszącej nie można uznać za kompleksowe świadczenie i opodatkować jedną stawką VAT. Wprawdzie Sąd podzielił pogląd, że jednego świadczenia nie można dzielić na części jedynie w celu odrębnego opodatkowania, lecz zasada ta ma zastosowanie wtedy, gdy podział świadczenia miałby sztuczny charakter, czyli gdy jedna część bez drugiej nie może występować lub spełniać swoich funkcji gospodarczych. To jednak nie występuje w omawianym przypadku (...). W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego rozdzielanie dla potrzeb opodatkowania dostawy budynku mieszkalnego oraz dostawy infrastruktury towarzyszącej nie miałaby sztucznego charakteru również z tej przyczyny, iż pod względem gospodarczym stanowią one dwie odrębne czynności. (...)." Izba miała na uwadze, że wskazania wyżej przytoczanych przepisów zostały doprecyzowane również w dalszych interpretacjach organów podatkowych w ten sposób, że dopuszczalne jest stosowanie stawki 8% podatku VAT od instalacji przebiegających w obrębie bryły budynku. W interpretacji indywidualnej nr ITPP1/443-987A/09/BS z dn. 12 stycznia 2010 r. Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy, a także Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji indywidualnej z 5 lipca 2011 r., nr IPTPP3/443-12/11-4/IB uznali, że stawka obniżona 8% może być stosowana jedynie do robót dotyczących wszelkich instalacji rozprowadzanych wewnątrz budynku, a nie na zewnątrz.

Takie też stanowisko jak powyżej potwierdzają przedstawione przez odwołujących interpretacje podatkowe, które co prawda wydawane w sprawach indywidualnych - rozstrzygają o sytuacji tych podatników, których dotyczą, tym niemniej opisane tam stany faktyczne, przyjęte stanowisko a także wykładnia Ministra Finansów kształtuje pewną praktykę podatkową przy interpretowaniu sytuacji prawnej innych podmiotów, szczególnie w identycznych stanach faktycznych i prawnych.

Przytoczone powyżej podstawy prawne potwierdzają, że dla budowy przyłączy, czy też zewnętrznych linii zasilających - jako elementu infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu – od 1 stycznia 2008 r. przynależy stawka podatku VAT w wysokości 23%. Nazwanie elementu sieci zewnętrznie położonej względem budynku (nawet w części) -

wewnętrzna linia zasilająca – nie pozbawia jej charakteru infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, to zaś determinuje obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, stosownej do podstawy opodatkowania tj. 23 %.

Zasadniczą kwestię sporną stanowiło, czy wymienione przyłącza do obydwu segmentów budynku, przebiegają w terenie okalającym obiekty budowlane, czy też jedynie w obrębie budynku.

Zamawiający utrzymywał, że przyłącze elektroenergetyczne będzie realizowane wyłącznie w obrębie bryły budynku, gdyż ze złącza kablowego ZK-3a usytuowanego bezpośrednio przy ścianie z przejściem na poziomie ławy fundamentowej będzie prowadziła wewnętrzna linia zasilająca do szafki zasilającej ZS w technicznych pomieszczeniach budynku, stąd uznał, że prawidłowo znajduje zastosowanie stawka podatku VAT 8% - jak do instalacji wewnętrznych budynku. Odwołujący POL-REM zastosował 8% stawkę podatku VAT od budowy „przyłącza kablowego”, którą zamawiający uznał za właściwą, zatem zarzuty odwołania POL-REM nie dotyczyły tych kwestii.

Odwołujący DOMBUD oraz odwołujący CEW inż. K..... Ć..... odczytali łączne informacje zawarte w pkt 4.1 projektu wykonawczego oraz w przedmiarze „roboty instalacyjne elektryczne - przyłącze kablowe” rozdział 6 odmiennie, argumentując że z ilości materiałów na przyłącze kablowe i długości wykopu (40 m.b.) w porównaniu do połowy mniejszej ilości rur osłonowych dla ochrony linii kablowych z przebiegiem w gruncie pod budynkiem, wynika, że przyłącze elektryczne będzie realizowane w części poza obiektem budowlanym, stąd zastosowali stawkę podatku VAT 23% - jak dla infrastruktury towarzyszącej.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż postanowienia SIWZ w tym projekt techniczny i przedmiar w zakresie informacji odnośnie zakresu i sposobu wykonania przyłącza elektroenergetycznego pozostawały dalece niesprecyzowane i niespójne wewnętrznie. Spowodowały zatem, że część wykonawców przyjęła takie założenia jak zamawiający i zastosowała stawkę VAT 8%, a część wykonawców uznała, że do danego przedmiotu opodatkowania znajduje zastosowanie stawka 23% podatku VAT. Wobec braku dookreślenia zakresu robót i ich przebiegu w rozdziale 6 przedmiaru w odniesieniu do instalacji elektrycznych - jednoznaczne ustalenie odpowiedniej stawki podatku VAT nie było więc możliwe.

Wątpliwości, które może wywoływać niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych skutków z tym związanych. Izba nie podzieliła też poglądów zamawiającego, że skoro ustalił kosztorysową formę wynagrodzenia, to ilości materiałów, czy robót wskazane

w poszczególnych pozycjach przedmiaru - nie miały znaczenia. Właśnie z tego charakteru wynagrodzenia wpływał obowiązek obliczenia cen jednostkowych oferty i wartości robót netto, przy uwzględnieniu ilości jednostek miar podanych w przedmiarze, gdyż w przeciwnym wypadku, stanowiłoby to podstawę do odrzucenia oferty.

Nie mniej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miały wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyliczenia ceny. Skoro regulacja SIWZ sprowadza się do stwierdzenia, że obowiązkiem wykonawcy jest zastosowanie obowiązujących stawek podatku VAT 8% i 23% do budowy budynku i do infrastruktury towarzyszącej, oznacza to, że zamawiający nie wprowadził w powyższym zakresie w SIWZ reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w ramach których narzuciłby określoną stawkę podatku od towarów i usług do wyceny ściśle oznaczonych robót, jako podstawy opodatkowania. Kosztorysy ofertowe miały podawać wartości robót w kwotach netto. Zamawiający w postanowieniach SIWZ ściśle oznaczonego zakresu robót, do których przyporządkowałby poszczególne wskazane stawki podatku VAT nie podał. Z tych względów na etapie oceny ofert nie mógł wymagać od wykonawców aby na nowo sporządzili chociażby zestawienie kosztów robót przy uwzględnieniu kwot podatku VAT. Kosztorysy ofertowe miały zawierać jedynie ceny jednostkowe netto oraz wartość pozycji. Dopiero w formularzu oferty zamawiający wymagał dokonania podziału kwoty netto i brutto w zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych o charakterze socjalnym i w zakresie infrastruktury towarzyszącej temu budownictwu, przy zastosowaniu odrębnych stawek podatku VAT, tj. 8% i 23%.

O porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych zasad. Dlatego też stosownie do przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny. Opis ten jest wiążący dla wykonawców. Jedynie oferty zawierające cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, w której zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny poprzez wskazanie w formularzu ofertowym podania stawek podatku VAT za poszczególne elementy zamówienia (budynek, roboty towarzyszące) nie może budzić wątpliwości, iż wskazanie stawki podatku mieściło się w takim sposobie obliczenia ceny.

Z wymienionych względów Izba poddała oferty odwołujących porównaniu z wymogami SIWZ i stwierdziła, że odwołujący POL-REM oraz odwołujący CEW inż. K..... Ć..... dostosowali się do tego wymagania, zaś odwołujący DOMBUD, przedstawił podział łącznej kwoty netto i brutto swojej oferty pod względem zastosowanych stawek VAT w udzielonych wyjaśnieniach na wezwanie z dnia 5 października 2012 r. Zamawiający

wyjaśnienia te przyjął i nie odrzucił oferty wykonawcy DOMBUD – z powodu łącznego ujęcia kwoty netto i brutto w formularzu oferty.

Zamawiający ma wprowadzić możliwość żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do treści oferty, jednakże nie może żądać wyjaśnień, które prowadziłyby do uzupełnienia ofert o treści pierwotnie niewymagane w SIWZ, a więc w tym przypadku podania stawek podatku VAT w odniesieniu akurat do dostawy przyłącza elektroenergetycznego i wyposażenia lokali, jako jednych z wielu pozycji kosztorysowych.

Zamawiający nie postawił takich warunków, aby w poszczególnych pozycjach kosztorysowych wykonawca wskazał stawkę podatku VAT. Żądanie takie, zresztą odbiegałoby od uregulowań dotyczących sporządzania kosztorysów ofertowych.

Zamawiający na równi z wykonawcami pozostaje związany warunkami sporządzenia oferty, w tym sposobu obliczenia ceny, które ustanowił w SIWZ i podał do wiadomości wykonawców. Na etapie oceny ofert, nie może od tych warunków czynić żadnych odstępstw, gdyż sprzeciwiałby się to równemu traktowaniu wykonawców i prowadzeniu postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. W takim właśnie celu ustanawiane są warunki przedstawienia istotnej treści oferty i sposób oceny spełnienia tych warunków oraz podawane do powszechnej wiadomości zainteresowanych przetargiem, aby czynności zamawiających na etapie oceny ofert były przewidywalne i istniały środki do weryfikacji tych czynności.

Obowiązkiem zamawiającego, realizowanym w ramach badania i oceny ofert, było stwierdzenie czy zastosowana w ofertach wykonawców stawka podatku VAT - jako składnik ceny ofert w rozumieniu definicji ustawowej art. 2 pkt 1 ustawy Pzp – jest prawidłowa, z punktu widzenia wymagań ustanowionych w SIWZ. Przesądza bowiem o tym stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach z dnia 20 października 2011r. w sprawach sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, z których też wynika, że: *„Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest (...) (s.i.w.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, zamawiający w s.i.w.z., w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty. (...) Jeżeli jednak zamawiający opisując w s.i.w.z. sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.*

1 pkt 6 ustawy.”

Z powyższego należało wywieść, że dokonana przez zamawiającego ocena ofert odwołujących wykonawców jako nieznajdująca oparcia w przytoczonych postanowieniach SIWZ, jest nieprawidłowa. Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zarzutów zamawiającego, że odwołujący wykonawcy zastosowali przy wyliczeniu ceny ofert błędne stawki podatku VAT i z tych przyczyn podlegają one odrzuceniu jako, że zawierają błąd w obliczeniu ceny.

Zarzuty złożonych odwołań, naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zastosowanie tego przepisu przy wadliwym przyjęciu, że odwołujący złożyli oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny;
2. art. 91 ust. 1 ustawy przez zastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P..... i Spółka” Spółka z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, która nie była najkorzystniejszą w ustalonym kryterium najniżej ceny,
- znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

W następstwie zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez oceniania ofert, która nie podlegały odrzuceniu ze względu na przyczyny przywoływane przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołujących poniesione koszty wpisu od wniesionych odwołań oraz uzasadnione koszty odwołujących udokumentowane rachunkami złożonymi do akt sprawy - w oparciu o przepisy § 3 pkt 1) i 2) lit. a i b), § 5 ust. 2 pkt 1 w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....