

Sygn. akt: KIO 2638/10

WYROK

z dnia 20 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Małgrzata Rakowska

Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego 6 grudnia 2010 r. przez konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo - Usługowe „PROJNAD” Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 73, 98-200 Sieradz, „ENVIRO-SERWIS” s.c. Sz. Gajderowicz, W. Dziemidkiewicz ul. Polna 6, 98-200 Sieradz, współników spółki cywilnej: Szczepan Gajderowicz, Władysław Dziemidkiewicz**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie ul. 3-go Maja, 21 62-500 Konin.**

Przy udziale wykonawcy: xxx, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx.

orzeka:

1. **Oddała odwołanie.**
2. Kosztami postępowania w kwocie **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo - Usługowe „PROJNAD” Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego nr 73, 98-200 Sieradz, „ENVIRO-SERWIS” s.c. Sz. Gajderowicz, W. Dziemidkiewicz ul. Polna 6, 98-200 Sieradz, współników spółki cywilnej: Szczepan Gajderowicz, Władysław Dziemidkiewicz.**

3. Zasada od odwołującego konsorcjum: **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo - Usługowego „PROJNAD” Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego nr 73, 98-200 Sieradz, „ENVIRO-SERWIS” s.c. Sz. Gajderowicz, W. Dziemidkiewicz ul. Polna 6, 98-200 Sieradz, wspólników spółki cywilnej: Szczepan Gajderowicz, Władysław Dziemidkiewicz** na rzecz zamawiającego: **Miejskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie ul. 3-go Maja, 21 62-500 Konin** kwotę **3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa budynku mieszkalnego nr 2, zlokalizowanego przy ulicy Westerplatte w Koninie,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 350556 z 20.10.2010 r.), w dniu 6 grudnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie pisemnej złożone przez konsorcjum firm: P.P.H.U. „PROJNAD” Sp. z o.o., „ENVIRO-SERWIS” s.c. Sz. Gajderowicz, W. Dziemidkiewicz, z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Złożenie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia faksem w dniu 1 grudnia 2010 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy: ZRB „DANBUD” - Tadeusz Bąkowski z siedzibą w Kleczewie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miejskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to jest:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty wykonawcy, która zdaniem zamawiającego, zawierała błędy w obliczeniu ceny związane z zastosowaniem przez odwołującego niewłaściwej stawki podatku VAT dotyczącej budowy lokali handlowo - usługowych, podczas gdy powołany przepis nie wskazuje jako podstawy odrzucenia oferty zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty złożonej przez ZRB „DANBUD” - Tadeusz Bąkowski jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy za taką na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winna być uznana - bezprawnie odrzucona oferta odwołującego.

Odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZRB „DANBUD” - Tadeusz Bąkowski,

3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego - konsorcjum firm: PPHU „PROJNAD” Sp. z o.o. i ENVIRO - SERWIS s.c.,
4. nadto o obciążenie Miejskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie wszelkimi kosztami niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, iż złożył w niniejszym przetargu ofertę, która w rankingu cenowym zajęła pierwsze miejsce spośród dwóch złożonych ofert. Z uwagi na fakt, iż jedynym kryterium oceny ofert była cena, oferta odwołującego w przypadku jej nieodrzućenia, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W dniu 1 grudnia 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej oferty oraz wyborze najkorzystniejszej oferty ZRB „DANBUD” - Tadeusz Bąkowski z siedzibą w Kleczewie.

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty, zamawiający wskazał, że w treści oferty odwołującego podano niewłaściwą stawkę podatku VAT dotyczącą budowy lokali handlowo - usługowych, przyjmując stawkę podatku VAT 22 %, a według zamawiającego powinno być 7 %. Przede wszystkim odwołujący podkreślał, iż w przedmiotowym postępowaniu, stawka podatku od towarów i usług nie została wprost określona i narzućona przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ jako wiążąca dla wykonawców. Oznacza to zdaniem odwołującego, że zamawiający nie wprowadził w powyższym zakresie w SIWZ reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w ramach których narzućiłby stawkę podatku od towarów i usług. Odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego, by przyjęta w ofercie stawka 22 % podatku od towarów i usług dla budowy lokali handlowo - usługowych była stawką niewłaściwą. Podnosił, że ewentualne niewłaściwe wskazanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędu w obliczeniu ceny.

W ocenie odwołującego nieuprawnioną jest interpretacja treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, prowadząca do utożsamiania błędu w obliczeniu ceny z niewłaściwym, zdaniem zamawiającego, naliczeniem podatku od towarów i usług, gdyż przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi jako podstawy odrzucenia oferty, zastosowania do obliczenia ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług. Odwołujący argumentował, iż cena jest zasadniczym elementem oferty stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy. określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia opisany szczegółowo w SIWZ, objęte jest sferą jego dyspozytywności. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z odesłaniem art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97 poz. 1050 z późn. zm), porównywane ceny są cenami brutto. Z uwagi na powyższą okoliczność, zamawiający nie powinien badać stawek podatku od towarów i usług zastosowanych przez wykonawcę. Cena, oraz jej element składowy w postaci podatku od towarów i usług w kwocie ustalonej w

wyniku zastosowania właściwej stawki jest zatem kategorią w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia. Wskazanie stawki podatku od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane. Kontynuując swoją argumentację, odwołujący wywodził, iż odpowiedzialność za prawidłowe naliczenie i odprowadzenie podatku od towarów i usług obciąża wykonawcę jako podatnika i to on ponosi ryzyko i skutki z tego tytułu, w tym również odpowiedzialność karnoskarbową. Natomiast zamawiający nie jest organem podatkowym uprawnionym do rozstrzygania wątpliwości powstałych na gruncie stosowania właściwych przepisów podatkowych. Odwołujący podkreślał, że nie tylko przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiających do weryfikowania prawidłowości obliczania podatku. Także przepisy Kodeksu cywilnego, mające zastosowanie do umów o zamówienia publiczne, nie przewidują sankcji nieważności czynności prawnych w przypadku wystąpienia błędów o charakterze podatkowym, a strony tych czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Przyjmując za punkt wyjścia porównywane w trakcie postępowania i płacone następnie w trakcie realizacji ceny brutto, ryzykiem wykonawców, zarówno w odniesieniu do rzeczywistych stawek podatku od towarów i usług, które będzie musiał zastosować i odprowadzić od uzyskanej ceny, jak i ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej, jest przyjęcie odpowiednich stawek podatku, natomiast dla zamawiającego jest to okoliczność całkowicie irrelevantna. Na poparcie swoich twierdzeń, odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13 sierpnia 2010 r. w sprawie KIO 1620/10, z dnia 15 stycznia 2009 r. w sprawie KIO/UZP 1514/08, z dnia 18 czerwca 2010 r. w sprawie KIO 1053/10, z dnia 7 lipca 2007 r. w sprawie KIO/UZP 1280/10, z dnia 7 lipca 2007 r. w sprawie KIO/UZP 1287/10, z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie KIO/UZP 260/10, KIO/UZP 242/10, które prezentowały następujące stanowiska:

I.1. „Przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych). Jeżeli intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni, wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług nie budzi wątpliwości, to rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią.”

I.2. „Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli przez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do

weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 Pzp."

I.3. „Art. 2, 2a, 3 i 3 a ustawy z 1991 r. o kontroli skarbowej czy art. 13, 14 ordynacji podatkowej przewidują możliwość naprawienia wadliwej z punktu widzenia prawa podatkowego czynności przez korekty deklaracji w wyniku dokonanych w protokole kontroli ustaleń. Nie sposób znaleźć takiej podstawy w Pzp. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. (...). "

II.1. „Błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie odnosi się do wynikającej z przepisów prawa stawki podatku od towarów i usług, do której zastosowania zobowiązany jest wykonawca będący podatnikiem i który ponosi konsekwencje z tego tytułu."

II.2. „Zamawiający dokonując oceny ofert bierze pod uwagę ceny ofertowe brutto, a więc wykonawca nie może - stosując inną stawkę podatku VAT niż wynikająca z obowiązujących przepisów wpłynąć na swoją pozycję w rankingu ofert. Fakt zastosowania określonej stawki nie ma wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców."

II.3. „Brak podstaw do przypisania zamawiającemu obowiązku czy nawet uprawnienia weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek podatkowych w złożonych ofertach."

III.1. „W Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, który wprost w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do okoliczności zastosowania niewłaściwej stawki podatkowej."

IV.1. „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który stanowi o odrzucaniu ofert zawierających błędy w obliczaniu ceny nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę nieprawidłowej w świetle przepisów u.p.t.u. stawki VAT. Tym samym brak jest w Pzp normy stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z ww. powodu."

IV.2. „Utożsamienie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką VAT jest utożsamieniem nieuprawnionym. Błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia), objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń etc...), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki VAT."

V. 1. „Zamawiający nie jest organem podatkowym uprawnionym do rozstrzygnięcia wątpliwości powstałych na gruncie stosowania właściwych przepisów podatkowych."

V.2. „Za nieuprawnione należy uznać stanowisko, iż przyjęcia różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta, w tym przypadku nie doznaje uszczerbku - wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisywanej w art. 91 ust. 3a Pzp) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą

według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT.”

V.3. „Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania sporów w zakresie interpretacji przepisów podatkowych.”

V.4. „Zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie ma prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucić oferty, w której została cena obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego.”

Odwołujący podkreślał, iż kryterium oceny ofert jest wyłącznie cena. Zgodnie z pkt 1 ust 1 części IX SIWZ podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich cyfrowo i słownie netto, podatek VAT i brutto z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W SIWZ zamawiający nie określił jaką stawkę podatku VAT należy zastosować w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, iż jego oferta była najkorzystniejsza, nawet przy zastosowaniu przez niego wyższej stawki podatku VAT dla budowy lokali handlowo-usługowych, a ponadto pottrzymał swoje stanowisko, iż zastosował prawidłową stawkę podatku od towarów i usług dotyczącą budowy lokali handlowo-usługowych, przyjmując stawkę podatku VAT 22 %, nie zaś 7 %. 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.), opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Przez dostawę towarów, w myśl art. 7 ust. 1 tej ustawy, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (...). Art. 8 ust. 1 ustawy o VAT stanowi, iż przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 (...). W myśl art. 8 ust. 3 tej ustawy, usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, z zastrzeżeniem ust. 4, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, z wyjątkiem usług elektronicznych i usług turystyki, o których mowa w art. 119. Stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art., 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. (art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług). Zatem, podstawowa stawka podatku VAT wynosi 22%, jednakże zarówno w treści ustawy, jak i przepisach wykonawczych do niej, ustawodawca przewiduje dla niektórych czynności stawki obniżone, tj. 7%, 3% i 0%. Jak stanowi art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%. z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 tej ustawy.

Stosownie do art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, 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.

Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym - zgodnie z art. 41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług - 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, (...), z zastrzeżeniem ust. 12b. Natomiast art. 41 ust. 12b ustawy o podatku od towarów i usług stanowi, iż do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m², lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m². Według art. 41 ust. 12c ustawy, 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. Stosownie do przepisu § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 224, poz. 1799 ze zm.), w okresie do dnia 31 grudnia 2010 r. stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy obniża się do wysokości 7% w odniesieniu do: robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiektów sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, (...), obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12 - w zakresie, w jakim wymienione roboty i remonty, obiekty lub ich części oraz lokale nie są objęte tą stawką na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy.

Odwołujący zaznaczał, iż ustawodawca w art. 41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług wyraźnie określił, iż przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z

wyłączeniem lokali użytkowych, a zatem ustawodawca wyłączył w odniesieniu do lokali użytkowych znajdujących się w obiektach budownictwa mieszkaniowego preferencyjną 7 % stawkę podatku od towarów i usług.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wyszczególnił powierzchnię użytkową lokali handlowo - usługowych oraz wskazał liczbę tych lokali (część IV ust. 14.1, str. 8 i 9).

Jednocześnie zamawiający nie dokonał sklasyfikowania przedmiotowego budynku według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB). Tym samym, odwołujący za uzasadnione na gruncie przepisów prawa podatkowego, uznał przyjęcie przez wykonawcę dla budowy lokali handlowo-usługowych usytuowanych w przedmiotowym budynku 22 % stawki podatku od towarów i usług.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 grudnia 2010 r, doręczonej 7 grudnia 2010 r, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Tadeusz Bąkowski - Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD.” Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2010 r. Wykonawca przedstawił dowód nadania tego przystąpienia w dniu 9 grudnia 2010 r. do Krajowej Izby Odwoławczej i do stron postępowania. Przystępujący powołał się na swój interes prawny w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, gdyż Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD” jest jednym z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku mieszkalnego nr 2 zlokalizowanego przy ulicy Westerplatte w Koninie”, którego oferta została wybrana przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego, stąd wynik postępowania odwoławczego ma wpływ na sytuację firmy „DANBUD” w tymże postępowaniu. Ponadto wnosił o oddalenie odwołania, jako w całości bezzasadnego.

Pismem z dnia 13 grudnia 2010 r. zamawiający: Miejskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Koninie w odpowiedzi na odwołanie wniósł:

1. o jego oddalenie,
2. o obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zamawiający uznał zarzut odwołania, że oferta odwołującego została niesłusznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych za całkowicie bezzasadny.

Wyjaśnił, że odrzucił ofertę odwołującego, gdyż zawierała błędną stawką podatku VAT na wybudowanie lokali handlowo-usługowych w budynku, będącym przedmiotem zamówienia. W załączniku nr 2 b - stanowiącym załącznik do formularza oferty wymagał bowiem, aby wykonawcy podali w oddzielnych rubrykach stawkę podatku VAT dla lokali

mieszkalnych, stawkę podatku VAT dla lokali handlowo-usługowych oraz stawkę podatku VAT dla infrastruktury towarzyszącej. Odwołujący podał w załączniku nr 2 b do złożonej oferty błędną stawkę VAT na budowę lokali handlowo-usługowych, tj. 22%. W przekonaniu zamawiającego, zgodnie z obowiązującymi przepisami, prawidłowa stawka VAT na budowę lokali handlowo-usługowych, znajdujących się w budynku będącym przedmiotem zamówienia publicznego wynosi 7 %. Zamawiający zaznaczył, iż w SIWZ na stronach 8 i 9 podał ilość i powierzchnię lokali handlowo-usługowych (powierzchnia 3 lokali handlowo-usługowych wynosi 249,86 m²). Zamawiający przytoczył postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.05.2009 r. sygn. KIO/UZP 631/09, uznający, że „wykonawca samodzielnie powinien określić stawkę VAT i uwzględnić ją w ofercie.” W wyroku z dnia 9.06.2009 r, sygn. akt. KIO/UZP 681/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „(...) zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług (VAT) stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie wskazał, jaką stawkę podatku towarów i usług (VAT) winni zastosować wykonawcy w części 55 zamówienia. Ustalenie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług(VAT) jest niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy. Jednak prawidłowość ustalonej i zastosowanej przez wykonawcę stawki tego podatku podlega sprawdzeniu przez zamawiającego, wobec jego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert z błędami w obliczeniu ceny czyli, jak wskazano wyżej, również z błędnie obliczonym podatkiem VAT. Skoro na zamawiającym, jako prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa obowiązek zgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzenia tego postępowania, to właśnie zamawiający jest uprawniony i zobowiązany sprawdzić prawidłowość zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku od towarów i usług VAT).” W wyroku z dnia 21.12.2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1771/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „zamawiający nie ma obowiązku wskazania stawki podatku VAT. Stawka podatku VAT powinna być przyjęta przez wykonawcę w wysokości, która wynika z przepisów prawa podatkowego.” W wyroku z dnia 5.02.2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 107/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do formalnego rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej jednak skład orzekający Izby wyraża pogląd, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy - jest cena brutto, istotnym jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał

obliczenia ceny ofertowej. Tak więc istotne jest również jaką stawkę podatku VAT wykonawca ujął w cenie ofertowej (cenie brutto). Podatek VAT - stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach - wchodzi bowiem w zakres ceny." W wyroku z dnia 16.03.2010 r, sygn. akt. KIO/UZP 225/10 Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż „Stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym, którego charakter nie wyklucza wystąpienia błędu polegającego na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT."

Zamawiający argumentował, iż podstawowa stawka podatku VAT zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, wynosi 22 % z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119, ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Zgodnie z art. 41 ust. 2 cyt. wyżej ustawy, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku VAT wynosi 7 % z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z art. 41 ust. 12 i ust. 12a w/w ustawy stawkę podatku, o której mowa w ust. 2 (7%), stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, 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, (...), z zastrzeżeniem ust. 12b. Ponadto zgodnie z art. 2 pkt 12 cytowanej wyżej ustawy, w brzemieniu obowiązującym od dnia 1.01.2008 r. przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumieć należy budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Na podstawie postanowień art. 41 ust. 12 b ustawy o VAT, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: budynków jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m² oraz lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

W ocenie zamawiającego, z powyższego wynika, że o możliwości zastosowania 7% stawki podatku VAT na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy decyduje spełnienie przesłanek przewidzianych w tych przepisach. Ponadto, zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27.04.2004 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 97, poz. 970 z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym od dnia 1.01.2008 r. stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1

ustawy obniża się do wysokości 7 % w odniesieniu do: robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 cyt. wyżej ustawy, w zakresie w jakim wymienione roboty i remonty, obiekty lub ich części oraz lokale nie są objęte tą stawką na podstawie art. 41 ust. 12-12c cyt. ustawy. Budowę budynków wielomieszkaniowych sklasyfikowano w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w grupowaniu 1122. Zamawiający zaznaczył, iż wszystkie budowane lokale handlowo-usługowe, będą znajdować się w budynku będącym przedmiotem zamówienia. Z powyższego wywodził, iż skoro przedmiotem zamówienia, którego dotyczy spór jest budynek sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 obiekty budownictwa mieszkaniowego jako całość, to na podstawie art. 41 ust. 2 cyt. wyżej ustawy w związku z ust. 12-12c oraz § 6 ust. 2 cyt. wyżej rozporządzenia, stawka 7 % podatku VAT ma zastosowanie do całości robót, w tym do pawilonów handlowo-usługowych budowanych w obrębie kubatury tego budynku. Za nieprawidłowe uznał twierdzenie odwołującego, że 7 % stawki VAT nie stosuje się do lokali użytkowych, które będą znajdować się w budynku stanowiącym przedmiotem zamówienia. Zamawiający zaprzeczył również zarzutom odwołującego, jakoby naruszył art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Tadeusza Bąkowskiego - Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD ZPrChr” do udziału w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzone podpisem elektronicznym, w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Przystępujący w treści pisma przyznał, iż powiadomienie o wniesieniu odwołania otrzymał w dniu 7 grudnia 2010 r. Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2010 r, wraz z potwierdzeniem jego nadania w dniu 9 grudnia 2010 r. przesyłką pocztową do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i do stron postępowania. Z powyższych względów, wykonawca Tadeusz Bąkowski - Zakład Remontowo-Budowlanego „DANBUD ZPr Chr” nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu, gdyż przystąpienie zostało wniesione z uchybieniem terminu.

Postępowanie, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz protokołu postępowania prowadzone jest poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zatem zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wniesienie odwołania jest możliwe jedynie na czynności enumeratywnie wymienione w punkcie 1-4 powołanej normy.

Bezsprzecznie odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty odwołującego, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z przedstawionego odpisu z KRS Nr 94591, zamawiający jest spółką, której jedynym wspólnikiem jest Gmina Konin, zatem jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp w oparciu o postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, oferty wykonawcy Tadeusza Bąkowskiego-Zakład Remontowo-Budowlany „DANBUD ZPrChr,” pism stron złożonych w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku mieszkalnego zlokalizowanego przy ul. Westerplatte w Koninie. Ogłoszenie o zamówieniu w sekcji II podaje powierzchnię użytkową:

- 1) lokali mieszkalnych: 1 853,88 m²,
- 2) lokali handlowo-usługowych 249,86 m².

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w części IV pkt 14.1 określa powierzchnię lokali mieszkalnych i handlowo-usługowych (powierzchnia 3 lokali handlowo-usługowych w przedmiotowym budynku wynosi 249,86 m²). W załączniku do SIWZ – wzorze umowy, zamawiający również określił powierzchnię lokali mieszkalnych i usługowych oraz wskazał ilość tych lokali -3. W części IX ust. 1 pkt 1 SIWZ zamawiający postanowił, iż podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich cyfrowo i słownie netto, podatek VAT i brutto z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W części IX ust. 1 pkt 2 SIWZ zamawiający wskazał w podpunkcie 7, iż cena jednostkowa przyjęta do wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego winna zawierać: podatek obliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W formularzu oferty (pkt 13) wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie, iż oferuje wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową złotych (....) (netto)+ (...) złotych podatek VAT = (...) złotych brutto. Załącznik nr 2 do SIWZ stanowi zestawienie rzeczowe robót grup robót, dla których wykonawca był zobowiązany podać wartość netto wraz z podsumowaniem jako ceny netto oferty. Zamawiający wymagał aby w załączniku nr 2b do oferty, każdy wykonawca podał odrębnie: - stawkę podatku VAT dla lokali mieszkalnych, - stawkę podatku VAT dla lokali użytkowych,- stawkę podatku VAT dla infrastruktury towarzyszącej. Wzór umowy według załącznika nr 8 do SIWZ w § 7 przewiduje podanie kwoty netto

wynagrodzenia, kwoty sumarycznej podatku VAT i w rozbiu od podstawy opodatkowania 7% i 22% oraz podania ceny brutto oferty.

Z załącznika do protokołu, druku ZP-12 wynika, iż oferty złożyło 2 wykonawców:
1) odwołujący - konsorcjum firm: P.P.H.U. „PROJNAD” Sp. z o.o., „ENVIRO-SERWIS” s.c. Sz. Gajderowicz, W. Dziemidkiewicz, z ceną 3 611 341,74 zł. brutto, który podał:- stawkę podatku VAT dla lokali mieszkalnych w wysokości 7%, - stawkę podatku VAT dla lokali użytkowych w wysokości 22%, - stawkę podatku VAT dla infrastruktury towarzyszącej w wysokości 22%. W formularzu oferty podał ogółem: cenę netto 3 279 253,36 zł, podatek VAT 177 075,41 zł. wyliczony według stawki 7% plus 150 392,88 zł według stawki 22%, cena-brutto-3 611 341,74zł.

2) oraz wykonawca Tadeusz Bąkowski - Zakład Remontowo-Budowlanego „DANBUD ZPr Chr,” z ceną 3 672 661,14 brutto, który zarówno dla lokali mieszkalnych oraz użytkowych podał jedną stawkę podatku VAT w wysokości 7%, natomiast dla infrastruktury towarzyszącej - 22%, w formularzu oferty podał ogółem: cenę netto 3 403 607,17 zł, podatek VAT 269 053,97 zł (bez wyodrębnienia podstawy opodatkowania ze stawką 7% i stawką 22%), ceną brutto 3 672 661,14 zł.

Zamawiający w protokole postępowania Druk ZP-2 w pkt 5 podpunkt 3 informuje, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości: 3 491 026,80 zł. netto + 190 913,39 (7%) + 168 01239 zł (22%) podatek VAT = 3 849 952,58 zł. brutto. Pełnomocnicy zamawiającego oświadczyli do protokołu rozprawy, iż zamawiający realizuje przedmiotową inwestycję jako developer, a mieszkania i lokale użytkowe (handlowo-usługowe) będą sprzedawane na odrębną własność. Zamawiający natomiast jest czynnym podatnikiem podatku VAT i przysługuje mu prawo obniżenia podatku należnego o podatek naliczony w fakturach z tytułu realizacji przedmiotowej inwestycji.

Pismem z dnia 1 grudnia 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego, iż odrzucił jego ofertę ze względu na podanie niewłaściwej stawki podatku VAT, dotyczącej lokali handlowo-usługowych. Przyjęto 22%, a powinno być 7%. Przedmiotem inwestycji jest budynek sklasyfikowany w PKOB w dziale 11 obiekty budownictwa mieszkaniowego jako całość, to na mocy art. 41 ust. 2 w zw. z ust. 12-12c ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, stawka 7% ma zastosowanie do całości robót (w tym również garaży, pomieszczeń gospodarczych mieszczących się w obrębie kubatur budynków), ze względu na to, że budynki mieszkalne są to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych.

Zamawiający ustalił wynagrodzenie w formie ryczałtowej. Wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty zestawienie kosztów zamówienia według wzoru załącznika 2a do siwz.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania. Uczestnicząc w postępowaniu posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, ponadto zarzucał, że czynności zamawiającego wobec złożonej przez niego oferty zostały przeprowadzone z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w wyniku czego może ponieść szkodę, gdyż mimo zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za najniższą cenę, oferta została odrzucona.

Rozpatrując przedstawione zarzuty, Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, iż wyłącznie wykonawca składający ofertę decyduje o tym jaką stawkę podatku VAT zastosuje do wyliczenia ceny ofertowej brutto w ramach swobody określenia ceny całkowitej oferty i zawierania umów określonej Kodeksem cywilnym. Zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, podatnik bez decyzji organu samodzielnie wylicza i odprowadza należny podatek, składając deklaracje podatkowe, co nie może być jednak utożsamiane z jakąkolwiek dowolnością zastosowania stawki podatku VAT. Podatek ten musi zostać wyliczony w oparciu o prawidłową stawkę, znajdującą zastosowanie do przedmiotu podstawy jego obliczenia, w oparciu o przepisy określające wysokość podatku i odpowiednie klasyfikacje wyrobów i usług oraz obiektów budowlanych. Dokonanie rozliczeń podatkowych, w oparciu o faktury wykonawcy z wadliwie zastosowaną stawką podatku VAT, prowadzi do korekty zobowiązania podatkowego samodzielnie przez podatnika lub w wyniku kontroli przez uprawniony organ. Nie tylko naraża na odpowiedzialność samego wykonawcę, który wystawił fakturę, ale także może powodować takie same skutki dla jego kontrahenta, który dokonał odliczenia wadliwie naliczonego podatku VAT.

Wbrew stanowisku odwołującego, w ocenie Izby, zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług, w oparciu o które będą wystawiane faktury w trakcie realizacji umowy i prowadzone rozliczenia podatkowe. Za takim poglądem opowiedział się Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 17.06.2009 r, sygn. akt: X Ga 341/09, uzasadniając, iż: „cena brutto oferty tworzona jest poprzez dodanie do uprzednio określonej wartości netto usługi, obliczonej wartości podatku VAT według właściwej stawki podatkowej, taki zresztą sposób obliczenia ceny wskazano w SIWZ „wykonawca określi cenę w kwotach netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT” i przy takim obliczeniu ceny może dojść do błędu już wyżej opisywanego. (...). W opinii Sądu Okręgowego zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwe stawki podatku od towarów i usług (...).”

Ponadto dopuszczenie przez zamawiającego do oceny ofert, których ceny zostały wyliczone przy zastosowaniu dwóch różnych stawek podatku VAT, zdaniem Izby, doprowadziłoby do porównywania ofert faktycznie nieporównywalnych. Zaś uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby nie tylko przepisy prawa, ale i interesy innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu prowadziło do uchybienia zasadom równego traktowania uczestników postępowania o zamówienie publiczne i zaprzeczało regułom uczciwej konkurencji. Sytuacje, gdy ze względu na odrębne uregulowania indywidualny podmiot ma oprawo zastosowania innej stawki podatku VAT niż powszechnie obowiązująca, są wyjątkowe i każdorazowo wymagają wykazania. Nie można się więc zgodzić ze stanowiskiem przytaczanym przez odwołującego, iż wiążąca jest jedynie cena brutto oferty, przyjmowana jako podstawa oceny, w oparciu ustalone kryterium.

Ustawa Pzp w art. 91 ust. 3 a zawiera regulację, że jeżeli w postępowaniu złożono ofertę, której wybór prowadziłyby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami. Fakt ten wskazuje, że z punktu widzenia ustawodawcy zastosowanie właściwej stawki podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty, składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest istotne tak dla prawidłowości rozliczeń stron, poprawności rozliczeń zobowiązań podatkowych, a ponadto dla porównywalności ofert składanych w tym postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty na gruncie ustawy Pzp.

W ślad za powyższym, Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do uznania, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna ocenić oferty w odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT. Opierając się na poglądzie wyrażonym w wyroku SO w Warszawie z dnia 27.08.2009 r, sygn. akt: V Ca 1360/09, Izba uznała, iż ma prawo i obowiązek oceniać wszystkie elementy stanu faktycznego mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia, na podstawie obowiązującego stanu prawnego, w tym, czy wykonawca wskazał właściwą stawkę podatku VAT. Zadaniem Izby nie jest ustalanie wysokości zobowiązania podatkowego wykonawcy w oparciu o właściwe stawki podatku VAT, ponieważ kompetencja taka przynależy wyłącznie organom podatkowym. Skoro jednak ceny ofert muszą być podawane w kwocie brutto, co stanowi wymóg ustawowy, Izba rozpatrując zarzuty na odrzucenie oferty, oparte o wskazanie niewłaściwej stawki podatku VAT, nie może uchylić się od rozpatrzenia tej kwestii w ramach badania prawidłowości czynności zamawiającego podjętych wobec kwestionowanej oferty. Ma to na celu jedynie umożliwienie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z przepisami ustawy Pzp i usunięcie

kwestii spornych między stronami, umożliwiające zakończenie procedur przetargowych. Ocena bowiem w tym zakresie dotyczy oferty, a nie samego podatku VAT.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest cena brutto, którą stanowi według definicji art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 Pzp wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę: w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Niezbędnym więc jest rozstrzygnięcie, czy podana kwota VAT, która wchodzi w skład ceny brutto oferty oraz ma wpływ na jej wysokość, została wyliczona w oparciu o stawkę właściwą, zgodną z obowiązującymi przepisami prawa. W konsekwencji, istotne jest jaką stawkę podatku VAT, wykonawca ujął w cenie brutto, albowiem pozwala to na ocenę, czy cena ofertowa została właściwie wyliczona. W niniejszym przypadku, gdy zamawiający jest podatnikiem podatku VAT, obowiązku wyliczenia podatku należnego VAT po stronie wykonawcy, odpowiada po stronie zamawiającego, uprawnienie jego odliczenia jako podatku naliczonego i to nie w kwocie dowolnie przyjętej stawki przez wykonawcę, ale w kwocie wynikającej z zastosowania stawki właściwej – zgodnej z ustawą, pod sankcją skorygowania zobowiązania podatkowego zamawiającego przez organy do tego powołane. Znaczna część zamawiających jest podatnikami podatku VAT, posiadającymi prawo do odliczenia podatku naliczonego w fakturach wykonawców od swego podatku należnego od sprzedaży opodatkowanej, Przy czym zamawiający, bez względu na to jaką stawkę podatku przyjął wykonawca w fakturze, uprawniony jest tylko do odliczenia kwoty obliczonej według stawki wynikającej z przepisu ją określającego. Zatem podanie niewłaściwej stawki podatku VAT i wyliczenie należności według takiej stawki, wywiera wpływ na zobowiązanie podatkowe zamawiającego i ponoszone koszty całkowite realizacji określonego zamówienia publicznego. Należy zważyć, iż ustawodawca w żadnym stopniu na gruncie ustawy Pzp, nie różnicuje zamawiających w zależności od tego, czy mają oni prawo do odliczania podatku VAT wykazanego na fakturach za zlecane roboty, dostawy czy usługi.

Zawsze gdy zamawiający wymaga podania właściwej stawki podatku VAT – (podatku obliczonego zgodnie z obowiązującymi przepisami), jak w niniejszej sprawie, podanie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT i wyliczenie na jej podstawie ceny oferty, wywołuje skutek niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pośrednio prowadzi też do błędu w obliczeniu ceny, gdyż mimo podania wiążącej ceny brutto, wewnętrzny sposób obliczenia tej ceny, tj. netto i kwoty podatku VAT – (struktura ceny), pozostaje nieprawidłowy. Zastosowanie przez wykonawcę błędnej stawki

podatku VAT wynika najczęściej z mylnej interpretacji skomplikowanych przepisów (pomyłki). Trudno bowiem zakładać, aby wykonawca celowo wyliczył cenę oferty, stosując nieprawidłową stawkę podatku VAT, narażając się tym samym na poważne konsekwencje finansowe. W odniesieniu do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustawa Prawo zamówień publicznych (w jej obecnym brzmieniu), przed odrzuceniem oferty, przewiduje procedury naprawcze na zasadach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3.

W oparciu o przeprowadzone dowody w sprawie, Izba uznała, iż odwołujący nieprawidłowo zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 22% do wyliczenia ceny oferty w odniesieniu do lokali użytkowych (handlowo – usługowych) w budynku mieszkalnym stanowiącym przedmiot zamówienia, a zatem oferta odwołującego podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) - zwanej dalej ustawą, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Przez dostawę, w myśl art. 7 ust. 1 ustawy, należy rozumieć przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel, zaś przez świadczenie usług zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy w rozumieniu art. 7 ustawy.

Stawka podatku VAT, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy wynosi 22% z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust 7, art. 120 ust 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust 1. Ust. 2 art. 41 stanowi, iż dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7% z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 tej ustawy. Zarówno w treści powołanej ustawy o podatku od towarów i usług, jak i przepisów wykonawczych do niej, ustawodawca przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi. Stawkę podatku o której mowa w ust 2 (7%) stosuje się - zgodnie z art. 41 ust. 12 - do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym, w myśl ust. 12a powołanego artykułu, 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.

Przepis art. 41 ust. 12b ustawy stwierdza, że do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m² i lokali mieszkalnych, których powierzchnia przekracza 150 m².

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 224, poz. 1799) w § 1 pkt 3 stanowi, iż określa towary i usługi, dla których obniża się stawkę podatku do wysokości 7% oraz warunki stosowania obniżonej stawki. W § 6 ust. 5 stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy obniża się do wysokości 7 % w odniesieniu do zbycia prawa wieczystego użytkowania gruntu, w przypadku dostawy budynków (...), jeżeli są opodatkowane stawką 7%. Wprost z treści art. 41 ust. 2 w związku z ust. 12 i 12a ustawy o podatku od towarów i usług wynika podstawa do zastosowania stawki 7% podatku VAT. Przepisy te wyłączają wprawdzie opodatkowanie według wymienionej stawki lokali użytkowych, jednakże należy mieć na względzie odrębne wskazania w odniesieniu do lokali użytkowych usytuowanych w budynkach z przeważającą funkcją mieszkalną. W myśl przepisu art. 8 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług usługi wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji. Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych w odniesieniu do obiektów budowlanych przeznaczonych do wielu celów, nakazuje ich ujęcie w jednej pozycji, zgodnej z głównym użytkowaniem, a w konsekwencji tego grupowania, zastosowanie znajduje obniżona stawka podatku 7% do dostawy obiektów budowlanych o zasadniczej funkcji mieszkalnej. Odmienna sytuacja zachodzi w przypadku świadczenia usług budowlanych dotyczących odrębnych części budynków. Przyjmuje się bowiem, że usługi budowlane dotyczące lokali użytkowych znajdujących się w budynkach mieszkalnych opodatkowane są stawką podstawową 22% (przykładowo interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 28 października 2008 r. sygn. ILPPI/443-786/08-3/HW), w której czytamy, „że zastosowanie prawidłowej stawki podatku uzależnione jest od postanowień umowy na wykonanie robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem umowy będą roboty budowlane w budynkach mieszkalnych (PKOB 112) jako całości – to należna stawka będzie 7%. Jeżeli jednak w umowie zostanie wskazane, że roboty budowlane dotyczyć będą poszczególnych części budynku, tj. powierzchni mieszkalnych i odrębnie powierzchni niemieszkalnych, wówczas w odniesieniu do usług wykonywanych w części mieszkalnej zastosowanie znajdzie 7% stawka podatku, natomiast do usług w części niemieszkalnej – 22% stawka podatku.”

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż budowa lokali użytkowych w budynku mieszkalnym, spełniającym wymóg, iż co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej

jest wykorzystywana do celów mieszkalnych, który jest przedmiotem zamówienia i korzysta z preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 7%, opodatkowana jest tą samą stawką (7%). Przedmiotem umowy na realizację inwestycji jest budynek sklasyfikowany w PKOB w dziale 11 obiekty budownictwa mieszkaniowego jako całość, zatem na mocy art. 41 ust. 2 w zw. z ust. 12-12c ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, stawka 7% ma zastosowanie do całości robót (w tym również do lokali użytkowych, mieszczących się w obrębie kubatur budynków).

Potwierdzają to również przedstawione przez zamawiającego, postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Koninie w sprawie interpretacji co do zakresu i sposobu stosowania prawa podatkowego w indywidualnej sprawie, noszące datę 22.06.2005 r. i 10.07.2006 r, aczkolwiek odnoszą się do stanu prawnego z daty ich wydania.

Jak ustalono wyżej, zamawiający podał w umowie wielkość powierzchni mieszkalnych i wielkość powierzchni lokali użytkowych w przedmiotowym budynku. W ocenie Izby, podanie wyłącznie wielkości poszczególnych rodzajów powierzchni, nie jest wystarczające dla przyjęcia, iż z postanowień tej umowy wynika, że roboty budowlano – montażowe dotyczące poszczególnych części budynku zostały wyodrębnione i będą osobno rozliczane w fakturach wykonawcy. Dla wywołania takiego skutku musiałby zostać podany i oznaczony zakres rzeczowo – finansowy tych robót, odrębnie do wykonania robót budowlano montażowych w odniesieniu do części mieszkalnej budynku i odrębnie do części lokali użytkowych wraz z ich wyceną przez wykonawcę, co umożliwiłoby wystawienie faktury z zastosowaniem różnych stawek VAT od podstawy opodatkowania w cenie netto odrębnie do lokali użytkowych i odrębnie do części mieszkalnej budynku. Skoro zakres rzeczowy robót wraz z ich wyceną (kosztorys ofertowy) odnosi się kompleksowo do całości budynku, wyodrębnienie takie do objęcia lokali użytkowych odmienną 22% stawką podatku VAT nie jest możliwe i przyjmuje się jednolitą stawkę opodatkowania, wynikającą z zasadniczego charakteru obiektu, jako obiektu mieszkalnego. Zamawiający wyłącznie w jednym miejscu zestawienia kosztów: ujął instalacje elektryczne w lokalach usługowych. Nie zmienia to faktu, iż przedmiotem umowy są odnoszące się do budynku jako całości, (zakwalifikowanego w oparciu o PKOB jako mieszkalnego): roboty, usługi budowlano – montażowe, których nie da się przypisać wyłącznie do lokali użytkowych czy mieszkalnych. W takim przypadku zastosowanie będzie miała kompleksowo jedna stawka podatku od towarów i usług w wysokości 7% dla robót wykonywanych w całym obiekcie.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty wykonawcy, która nie zawierała błędu w obliczeniu ceny;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty złożonej przez ZRB "DANBUD" - Tadeusz Bąkowski, która nie była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła na rzecz zamawiającego od odwołującego kwotę 3 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....