

WYROK
z dnia 30 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2017 r. przez wykonawcę

Ekotor Sp. z o.o. ul. Szosa Chełmińska 75, 87-100 Toruń

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Powiat Nowomiejski reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Nowym Mieście Lubawskim ul. Rynek 1, 13-300 Nowe Miasto Lubawskie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Ekotor Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ekotor Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Ekotor Sp. z o.o. na rzecz Powiatu Nowomiejskiego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Powiat Nowomiejski w Nowym Mieście Lubawskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę i rozbudowę w ramach modernizacji istniejącego budynku szpitala powiatowego w Nowym Mieście Lubawskim” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 października 2017 r. pod numerem 599778. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Ekotor Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Lubawskie Przedsiębiorstwo Budowlane Z.W.,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę pomimo tego, że była najkorzystniejsza, uznając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający wskazał na dwa uchybienia w złożonej ofercie: po pierwsze Odwołujący złożył niekompletne kosztorysy ofertowe, po drugie zastosował 23 % stawkę podatku od towarów i usług dla fragmentu robót, tj. wykonania instalacji gazów medycznych. Z powyższymi decyzjami Zamawiającego Odwołujący nie zgodził się uznając je za nieprawidłowe i niezgodne z przepisami prawa. Zamawiający poprzez zaskarżone czynności oraz zaniechania doprowadził do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego postępowanie w sposób nierówny traktuje podmioty ubiegające się o zamówienie

publiczne, co skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji.

Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, zatem wszystkie kosztorysy i przedmiary robót stanowią element pomocniczy. Kosztorys ofertowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe, ma charakter jedynie informacyjny i pomocniczy, braki w kosztorysie nie mogą być więc podstawą do odrzucenia oferty. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem, który potwierdza, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Powyższe potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia; brak jednego z kosztorysów ofertowych nie wpływa na ocenę, czy treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty, bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena jest ceną ryczałtową, wady dokumentów, na podstawie których dokonano jej wyliczenia, nie mają znaczenia dla poprawności oferty, a kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze. W związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu występujących w jej kosztorysie ofertowym rozbieżności w stosunku do kosztorysu nakładczego w zakresie rodzaju wycenionych materiałów i ich ilości. Pominięcie pozycji kosztorysu, brak wyceny pozycji kosztorysu, błędna wycena tych pozycji, nadmierna ich wycena przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca w cenie ryczałtowej oferty winien uwzględnić wszystkie koszty realizacji zamówienia, które uważa za niezbędne na podstawie wszystkich dostępnych mu dokumentów, nie zaś tylko na podstawie fakultatywnego kosztorysu.

Za nieuzasadnione i bezpodstawne uznać należy także stwierdzenie Zamawiającego, że podstawą faktyczną i prawną odrzucenia oferty Odwołującego może być i jest podanie przez Odwołującego w ofercie stawki podstawowej 23%, zamiast, jak twierdzi Zamawiający, stawki preferencyjnej 8% na wykonanie instalacji gazów medycznych.

Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie zastosował stawkę podstawową VAT 23%, a nie 8%, gdyż uznaje, że na wykonywanie instalacji gazów medycznych winna być stosowana stawka 23%, pomimo że poprzez to jego oferta jest wyższa cenowo. Informacje o konieczności stosowania w przedmiotowym postępowaniu stawki 23% Odwołujący uzyskał

od swego księgowego, doradcy podatkowego, jak i z Urzędu Skarbowego. W przypadku zastosowania stawki podatku VAT w wysokości podstawowej zamiast preferencyjnej, którą wykonawca mógłby zastosować, wygląda inaczej niż gdyby zastosował stawkę preferencyjną zamiast podstawowej. W takiej sytuacji orzecznictwo KIO wskazuje, że w sytuacji możliwego zastosowania podstawowej stawki VAT zamiast preferencyjnej nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Uznanie błędnej stawki podatku od towarów i usług za błąd w obliczeniu ceny chroni uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych. Posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką podatku od towarów i usług, godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zmniejsza należne wpływy do budżetu. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu. Taki pogląd prowadziłby do eliminacji ofert najkorzystniejszych i nakazywania zamawiającym wyboru ofert mniej dla nich korzystnych, co nie zasługuje na ochronę, nie mieści się bowiem w *ratio legis* ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. W prawie podatkowym ugruntowany jest pogląd, że preferencyjne stawki podatku VAT można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości ich zastosowania. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. Ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże z zastosowaniem stawki podstawowej ujemnych konsekwencji, które są przewidziane dla podatnika za nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej. Stanowisko powyższe należy uwzględnić także na gruncie Prawa zamówień publicznych. Z tego względu wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania podstawowej stawki podatku VAT zamiast preferencyjnej na gruncie Prawo zamówień publicznych, a więc w przypadku wątpliwości co do wysokości stawki podatku nie można zarzucać wykonawcy wadliwego zastosowania podstawowej stawki podatku VAT, co powoduje, że brak jest podstaw w takiej sytuacji do odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny. Sam fakt istnienia instalacji gazów medycznych nie jest przesłanką do zastosowania preferencyjnej stawki VAT, gdyż przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowe, a ponadto Zamawiający ustalił sposób kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający na pierwszej stronie oferty przetargowej wyodrębnił roboty budowlane i instalacyjne z wyjątkiem gazów medycznych, jednakże przedmiar dotyczący gazów medycznych mówi również o demontażu istniejących instalacji, specyfikacja techniczna mówi tylko i wyłącznie o montażu, a, aby zamontować

gazy medyczne, należy wykonać szereg prac budowlanych, które Zamawiający zgodził się, iż wchodzi w skład robót ze stawką 23% VAT; w związku z powyższym realnie i zupełnie logicznie należy stwierdzić, iż niemożliwym jest uczciwe, rzetelne i zgodne z prawem rozdzielenie prac *stricte* budowlanych od tych, które są pracami budowlanymi, ale wykonanymi na rzecz instalacji gazów medycznych. Zasadność słów Odwołującego potwierdza wyrok KIO 1674/17, a także interpretacje podatkowe wydane przez Ministerstwo Finansów.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tego zamówienia z zachowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w zakresie spełniania warunków przedmiotowych, jak też w zakresie warunków podmiotowych. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, wymagania stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane. W tym zakresie oferta Odwołującego jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybach konkurencyjnych jest, zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, wybór oferty złożonej przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą pod wszystkimi przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zwrócił uwagę, że w punkcie XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis sposobu przygotowania ofert), ppkt 11.2 wskazał, że złożona przez każdego z wykonawców oferta winna składać się z wypełnionego formularza ofertowego, a także z kosztorysu ofertowego uproszczonego z tabelą elementów

sporządzonego w oparciu o załącznik nr 6, nr 7 i nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienie to nie zostało zaskarżone przez żadnego z wykonawców ani żaden z wykonawców nie kwestionował jego zgodności z prawem. Odwołujący w odwołaniu cytuje orzecznictwo KIO, z którego wynika, iż w przypadkach, gdzie zamawiający w umowie o zamówienie publiczne przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe, brak załączonego do oferty kosztorysu ofertowego nie może być przesłanką odrzucenia oferty, gdyż taki kosztorys nie spełnia żadnej roli w stosunkach zamawiający – wykonawca. Odwołujący pomija jednak treść § 8 ust. 1 pkt 2 lit. b projektu umowy, zgodnie z którym wartość wszelkich robót zamiennych będzie ustalana na podstawie wskaźników cenotwórczych ujętych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Powyższe postanowienie nie znalazło się w przedmiotowej umowie przez przypadek, bowiem postępowanie dotyczy robót budowlanych w istniejącym, zabytkowym, obiekcie szpitalnym. Specyfika tych postępowań wiąże się z faktem, iż zamawiający nie dysponuje pierwotną i pełną dokumentacją projektową budynku, w oparciu o którą został on zrealizowany. Zamawiający, co prawda opracowując dokumentację projektową dokonał inwentaryzacji obiektu, jednak musi być ona obciążona znacznym prawdopodobieństwem niezgodności ze stanem faktycznym. Przyczyną tego faktu jest to, iż pełna inwentaryzacja obiektu możliwa jest dopiero po rozkuciu tynków, ścian i posadzek, co przy użytkowaniu budynku na cele szpitala było niemożliwe wcześniej. Powyższe założenie potwierdza się w praktyce realizacji robót budowlanych o identycznym charakterze w innych zabytkowych obiektach szpitalnych. Zamawiający zatem z góry przewidział zasady rozliczania wynagrodzenia wykonawcy za roboty zamienne, które z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością również wystąpią w tym przypadku. Potrzeba ochrony interesu Zamawiającego spowodowała, że Zamawiający nie przewidział rozliczania robót w oparciu o zawyżane ceny jednostkowe pochodzące z notowań średniokrajowych (np. SEKOCENBUD) lub stawki niemożliwe do zweryfikowania (tj. każdorazowo proponowane przez wykonawcę). W ocenie Zamawiającego najbardziej przejrzystym rozwiązaniem było rozliczanie robót zamiennych w oparciu o kosztorysy ofertowe, które legły u podstaw kalkulacji pierwotnej ceny wskazanej w ofercie wykonawcy.

Oferta Odwołującego z uwagi na błędy w kosztorysie oraz jego niekompletność, czego dowodem jest kosztorys ofertowy Odwołującego na roboty branży budowlanej nie uwzględniający publikowanych przez Zamawiającego wyjaśnień do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może być przez to uznana za najkorzystniejszą, czy nawet porównywalną z ofertą wykonawcy, który wygrał przetarg. Zamawiający zainteresowany jest przede wszystkim tym, ile finalnie zapłaci wykonawcy za zrealizowane roboty. W przedmiotowym przetargu cena finalna obliczana winna być jako cena ofertowa zmodyfikowana przez wartość robót zamiennych – zgodnie ze stawkami z kosztorysu ofertowego. Brak wszystkich pozycji z kosztorysu uniemożliwia literalne stosowanie § 8 ust.

1 pkt 2 lit. b umowy, uniemożliwiając tym samym rozliczenie robót zamiennych zgodnie z zawartą umową.

Z tego względu zaniechanie dołączenia kompletnego kosztorysu ofertowego stanowiło o istotnej niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co skutkowało jej odrzuceniem.

Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego.

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający ma prawo żądać, aby wykonawcy załączyli do ofert kosztorysy ofertowe jako dokument informacyjny i pomocniczy, gdyż kosztorysy ofertowe w procesie inwestycyjnym stanowią podstawę do: opracowania realnego harmonogramu rzeczowo-finansowego, prawidłowej oceny stanu zaawansowania robót przy płatnościach częściowych, rozliczenia zakończenia inwestycji. W ustawach Prawo zamówień publicznych i Kodeks cywilny brak regulacji, z których wynikałby zakaz takich żądań. Sporządzanie kosztorysów ofertowych, których rolą jest rzetelny odczyt z projektu budowlanego rodzaju robót do wykonania, a z przedmiaru robót ilościowego zakresu poszczególnych asortymentów robót – w praktyce odbywa się zawsze na żądanie inwestora zwłaszcza dla zadań realizowanych ze środków publicznych oraz środków Unii Europejskiej. Odrzucając ofertę Odwołującego w uwagi na dokonaną przez niego kalkulację ceny w oparciu o nieprawidłową stawkę podatku VAT, Zamawiający działał w myśl uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), z której wynika, iż „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. 89 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.)”. W tym stanie rzeczy, ustalenia jedynie wymagało to, czy cena wskazana w formularzu ofertowym winna być objęta jednolitą stawką 23%, czy też w części dotyczącej instalacji gazów medycznych – 8%, a w pozostałym zakresie – 23%.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego aktualnie wydawane interpretacje indywidualne zawierają jednoznacznie wytyczne, z których należy wnioskować, w jaki sposób należy opodatkować instalację gazów medycznych, np. stanowisko zawarte w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 6 sierpnia 2015 r. (IBPP2/45 12-44 1/15/WN), gdzie wskazano: „prace związane z dostawą i montażem instalacji gazów medycznych oraz pozostałe roboty remontowo-budowlane podejmowane w ramach zawartej umowy dotyczącej remontu budynku tlenowni, na które składają się prace tynkarskie, malarskie, budowlane należy traktować jako świadczenia odrębne, opodatkowane

właściwymi dla tych usług/towarów stawkami. Kontrahent zamawiając wykonanie usług ogólnobudowlanych związanych z remontem budynku tlenowni może dokonać zakupu wyrobu medycznego od innego podmiotu. Tym samym więc wykonania usług remontowo-budowlanych oraz wykonania instalacji gazów medycznych jako certyfikowanego wyrobu medycznego na danym obiekcie nie należy traktować jako świadczenia złożonego. Zatem dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego – korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powiązaniu z art. 146a pkt 2 ustawy. Natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, jako świadczenie odrębne od dostawy wyrobu medycznego, podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla tego typu robót. W przypadku, gdy przy wykonaniu ww. robót nie zostaną spełnione warunki do zastosowania stawki obniżonej 8% na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy o VAT, wykonanie tych usług podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%, w myśl art. 41 ust. 1 ustawy w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. Odnosząc zatem przedstawiony stan prawny do przedstawionego zdarzenia przyszłego należy stwierdzić, że Wnioskodawca powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie czynności, tj. realizując np. zadanie obejmujące dostawę instalacji gazów medycznych oraz prace tynkarskie, malarskie, budowlane, każdorazowo dostawę wyrobu medycznego powinien opodatkowywać stawką podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy, natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, opodatkować podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT”.

Zamawiający specjalnie wyszczególnił dwa elementy ceny ofertowej w formularzu oferty oraz we wzorze umowy, załączył do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiary robót i zobowiązał wykonawców do przedłożenia kosztorysów ofertowych, w tym kosztorysów dotyczących instalacji gazów medycznych, by każdy z wykonawców mógł ustalić zakres prac objętych dwiema różnymi stawkami VAT.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie

błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji.

Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT, tak więc w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowisko Odwołującego, jakoby zastosowanie przy obliczaniu ceny oferty nieprawidłowej, ale zawyżonej stawki podatku VAT, nie mogło stanowić podstawy odrzucenia oferty, stoi w oczywistej sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro bowiem Sąd Najwyższy przesądził, że do kalkulacji ceny z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki VAT ma zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być on stosowany niezgodnie z oczywistym i jednoznacznym jego brzmieniem. Przesłanką bowiem do odrzucenia oferty jest tam „błąd w obliczeniu ceny lub kosztu”, nie zaś „błąd na niekorzyść zamawiającego” lub „błąd korzystny dla wykonawcy”. Gdyby ustawodawca chciał nadać ww. przepisowi znaczenie proponowane przez Odwołującego, zapewne uregulowałby to w ramach licznych nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podając następujące uzasadnienie prawne i faktyczne: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w ofercie brakuje kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą uproszczoną w branży

sanitarnej, gazów medycznych, elektrycznej i teletechnicznej zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cenę robót branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej przedstawiono w formie trzech pozycji scalonych bez podstawy obliczeń. Obliczenie ceny instalacji gazów medycznych wpisanej w formularzu oferty zostało całkowicie pominięte w kosztorysie ofertowym.

Kosztorys ofertowy branży budowlanej wykazuje następujące nieprawidłowości: brak poz. 171A na wykonanie izolacji wewnętrznej ścian piwnic (wyjaśnienie nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), błędne ilości jednostek miary w poz. 100, 205 (załącznik 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wyjaśnienia), niezgodny opis robót w poz. 231 (załącznik 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wyjaśnienia).

Poza tym w ofercie cena za instalację gazów medycznych zawiera stawkę podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8%. Wykonanie instalacji gazów medycznych uznanych za wyrób medyczny korzysta z preferencyjnej stawki 8% zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 710 ze zm.) na podst. art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy.

W oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie ma możliwości poprawienia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, co skutkuje odrzuceniem oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Z powyższego uzasadnienia wynika więc, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zawiera błędy w obliczeniu ceny, przy czym nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przesłanki powyższe wpisują się w dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których to przepisów wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 89 ust. 1 pkt 2) lub też zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 89 ust. 1 pkt 6).

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne, niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z rozdziału XI „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 11.2 wynika, że składając ofertę wykonawca zobowiązany był złożyć m.in. formularz ofertowy oraz kosztorys ofertowy

uproszczony z tabelą elementów sporządzony w oparciu o załącznik nr 6 „Dokumentacja projektowa”, załącznik nr 7 „Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót”. W celu umożliwienia dokonania wyceny robót w sposób porównywalny dla wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu, jako materiał pomocniczy stanowiący wzór kosztorysu ofertowego, służy przedmiar robót (załącznik nr 8).

Odwołujący wskazał również na pkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego wynika, iż w celu umożliwienia dokonania wyceny robót w sposób porównywalny dla wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu, jako materiał pomocniczy załączono przedmiary robót (załącznik nr 8); przedmiar robót nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia.

Z powyższego postanowienia rozdziału XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika więc jednoznacznie, że częścią oferty miał być kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną. Podstawą sporządzenia tego kosztorysu miała być dokumentacja projektowa, STWiOR oraz przedmiary robót. Jest to typowe rozwiązanie stosowane w branży budowlanej, w której kosztorys uproszczony nazywany jest wręcz „wypełnionym przedmiarem”. Nawet więc jeśli Zamawiający określił przedmiary robót jako „materiały pomocnicze”, co oznacza że wykonawca mógł zastosować te formularze z pewnymi (niewielkimi – ze względu na zgodność z opisem przedmiotu zamówienia oraz porównywalność ofert) zmianami, nie zmienia to faktu, że zobowiązany był sporządzić i przedstawić w ramach oferty kompletne kosztorysy ofertowe z podziałem na branże (zgodnie z przyjętymi w branży budowlanej zasadami oraz wzorem zawartym w przedmiarach). Pominięcie poszczególnych kosztorysów – zwłaszcza w tak szerokim zakresie: brak kosztorysów branży sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej i instalacji gazów medycznych (Odwołujący zastąpił je pojedynczymi pozycjami kosztorysowymi), jest niedopuszczalne.

Niezależnie bowiem od roli przedmiaru robót, brak w ofercie żądanego kosztorysu ofertowego nie jest jedynie brakiem formalnym (jak np. brak numeracji stron czy spisu treści albo zastosowanie formularzy alternatywnych co do formy), lecz merytorycznym brakiem oferty podlegającym dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kosztorys ofertowy opisuje bowiem zakres oferowanego świadczenia oraz szczegóły jego wyceny i stanowi istotną część składową oferty.

Przedstawione przez Odwołującego orzecznictwo jest bardzo stare jak na warunki zamówień publicznych (często sprzed pojawienia się art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz istnienia art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych) i jakkolwiek rzeczywiście przywołane poglądy się pojawiały, to niekoniecznie wytrzymały one próbę

czasu, jak też zgodności z poglądami wyrażanymi w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącymi równego traktowania wykonawców. Nie bez powodu również zrezygnowano z regulacji art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych (który okazał się regulacją nietrafioną).

Znaczenie kosztorysu ofertowego nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym należy bowiem rozpatrywać z dwóch perspektyw: etapu oferty oraz etapu umowy.

Z punktu odniesienia do etapu oferty należy zwrócić uwagę na następujące aspekty.

Po pierwsze wykonawca nie może samodzielnie „zredukować” wymagań zamawiającego co do zawartości merytorycznej oferty, np. w ogóle nie rozważa się możliwości nieprzedstawienia formularza cenowego czy formularza opisu oferowanego przedmiotu przy dostawach czy usługach, nawet przy cenie ryczałtowej i nawet jeśli opis ofertowy *de facto* stanowi powtórzenie opisu przedmiotu zamówienia. Powoduje to niekwestionowany obowiązek odrzucenia oferty.

Po drugie nawet przy cenie ryczałtowej istotne jest, czy przedmiot zamówienia został zaofertowany w sposób poprawny i kompletny (zgodny z opisem przedmiotu zamówienia) oraz został prawidłowo wyceniony. Przy cenie ryczałtowej, która co do zasady nie powinna podlegać zmianie, jest to nawet bardziej istotne niż przy rozliczeniach według obmiarów, w czasie których można dokonywać korekt pewnych błędów. Błędy polegające na niezgodności zakresu oferty z zakresem opisu przedmiotu zamówienia są bowiem niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie, co jest kwestią poboczną, ale mogącą być istotną w trakcie badania ofert, opisany w kosztorysie ofertowym sposób i zakres wyceny pozwala zamawiającemu ocenić ofertę także pod kątem ewentualnego wystąpienia ceny rażąco niskiej.

Po czwarte, zgoda na to, by wykonawcy lub niektórzy wykonawcy nie stosowali się do poleceń specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz z zasadą przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). W ocenie składu orzekającego, wobec poglądów wyrażanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w ogóle jego orzeczeń, niewyobrażalne jest, by Trybunał zaakceptował taką sytuację. Już poza innymi aspektami należy zauważyć, że przygotowywanie kosztorysów budowlanych jest prawdopodobnie najbardziej pracochłonną częścią sporządzania oferty – w połączeniu z dość krótkim terminem na złożenie ofert (art. 43 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – 14 dni kalendarzowych) konieczność sporządzenia kosztorysu może wręcz uniemożliwić złożenie oferty w danym przetargu w terminie. Tym samym wykonawcy, którzy pominęliby kosztorysy, byłiby w lepszej sytuacji, gdyż mogliby szybciej i mniej starannie

przygotować oferty i nie musieliby się obawiać wystąpienia w nich błędów, które następnie mogłyby dyskwalifikować ich ofertę jako niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia.

Z punktu odniesienia do etapu umowy należy zauważyć, że nawet pomimo określenia wynagrodzenia jako ryczałtowego, nie oznacza to, że podczas realizacji umowy się ono nie zmieni ani też, że jego poszczególne elementy nie będą wykorzystywane do rozliczeń.

Zamawiający sam podkreślał, że w trakcie realizacji zamówienia przewiduje wystąpienie prac zamiennych (§ 8 ust. 1 pkt 2 lit. b wzoru umowy) i to potencjalnie w szerokim zakresie. Nawet więc jeśli, jak twierdził Odwołujący, ze względu na zasadę swobody umów, kosztorysy ofertowe nie będą odgrywały żadnej lub znaczącej roli w negocjacjach stawek za wykonanie nowych prac (co, na marginesie, byłoby dość nietypowe w stosunkach z zamawiającym publicznym, który z obawy przed zarzutami kontroli przy zmianach umowy co do zasady szuka oparcia w istniejących postanowieniach umowy, zwłaszcza co do ceny), to oczywiste jest, że rezygnując z danych robót na rzecz robót nowych, Zamawiający odejmie koszt robót niewykonanych właśnie według wyceny danych pozycji w kosztorysach ofertowych. Podobnie Zamawiający postąpi przy konieczności innych rozliczeń, czy to wynikających z pozostałych postanowień § 8 wzoru umowy, czy przy odstąpieniu od umowy (§ 12 wzoru umowy) lub rozwiązaniu umowy z innych powodów, czy też płatności częściowych (§ 7 ust. 2 wzoru umowy), a także konieczności dokonania bezpośrednich rozliczeń z podwykonawcami (Odwołujący już w ofercie przewidział czterech podwykonawców).

Tym samym kosztorys ofertowy nawet przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma istotne znaczenie dla późniejszej realizacji umowy, tym większe, im więcej problemów sprawia dana inwestycja.

Co do błędów w przedstawionym przez Odwołującego kosztorysie branży budowlanej w zakresie błędnego podania ilości jednostek miary w poz. 100 i 205 (nieuwzględnienie zmian prowadzonych wyjaśnieniami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), to jest to błąd, który można poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamieniając błędną wartość na prawidłową i dokonując jej ponownego przemnożenia oraz korekty ceny globalnej. Podobnie można skorygować opis robót w poz. 231 zastępując błędny opis prawidłowym.

Natomiast samodzielne wprowadzanie przez zamawiającego nowych pozycji do kosztorysu ofertowego jest możliwe tylko, gdy w przedstawionym przez wykonawcę kosztorysie (w innych pozycjach) zostały wskazane jednoznaczne podstawy wyceny nowej pozycji, np. konkretne ceny danych materiałów i robocizny (występuje to raczej w kosztorysie szczegółowym) – przy wykorzystaniu pozostałych danych z SST lub normy. W przypadku brakującej pozycji 171A dotyczącej wykonania izolacji wewnętrznej ścian piwnic (zmiana

wprowadzona wyjaśnieniami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w ocenie Izby w kosztorysie Odwołującego nie ma podstaw do dokonania takich ustaleń, a więc do uzupełnienia zaistniałego braku.

Tym samym Odwołujący nie wycenił w pełni przedmiotu zamówienia, co prowadzi zarówno do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i błędu w obliczeniu ceny (brak prawidłowej wyceny).

W zakresie spornej stawki podatku od towarów i usług Odwołujący również zacytował już nieaktualne w dużej mierze poglądy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – zarzucone po uchwałach Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11.

Niemniej jednak skład orzekający stoi na stanowisku, że jeżeli istnieje zgoda co do wysokości danej stawki pomiędzy podatnikiem a organem skarbowym, któremu podlega, to trudno wykonawcy zarzucać wystąpienie błędu w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług. W przypadku usług złożonych i świadczeń kompleksowych, możliwość ich rozdzielenia lub połączenia w istocie zależy od danego stanu faktycznego, który może być różny w różnych sytuacjach lub różnić się ze względu na różne sposoby realizacji świadczenia – potwierdza to też zacytowana przez Zamawiającego interpretacja podatkowa, w której podatnik opisał swoje zamierzenia i w której organ skarbowy podkreślił na końcu, iż „w przypadku, gdy przy wykonaniu ww. robót nie zostaną spełnione warunki do zastosowania stawki obniżonej 8% na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy o VAT, wykonanie tych usług podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%, w myśl art. 41 ust. 1 ustawy w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. Odnosząc zatem przedstawiony stan prawny do przedstawionego zdarzenia przyszłego należy stwierdzić, że Wnioskodawca powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie czynności...”

W konsekwencji Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Lubawskie Przedsiębiorstwo Budowlane Z.W. jako najkorzystniejszej oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt

2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: