

Sygn. akt: KIO 1299/18

WYROK

z dnia 17 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę: **A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FRB AS-BUD A. S., Grodzisko 208, 38-102 Grodzisko** w postępowaniu prowadzonym przez **Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dynów, ul. Jakłów 2, 36-065 Dynów**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. M., P. M. prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod nazwą Firma Produkcyjno - Handlowo-Uslugowa "TORABUD" s.c. T. M. P. M. ul. Jarosławska 2, 37-560 Pruchnik** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FRB AS-BUD A. S., Grodzisko 208, 38-102 Grodzisko i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. S. prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą FRB AS-BUD A. S., Grodzisko 208, 38-102 Grodzisko tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FRB AS-BUD A. S., Grodzisko 208, 38-102 Grodzisko** na rzecz zamawiającego: **Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dynów, ul. Jakłów 2, 36-065 Dynów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dynów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”, pn.: „Termomodernizacja budynków w Nadleśnictwie Dynów”. Postępowanie zostało podzielone na części.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 556512-N-2018 z dnia 2018-05-11 r., znak sprawy: S.270.1.5.2018, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 25 czerwca 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach 1 i 2.

W dniu 2 lipca 2018 r. A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FRB AS-BUD A. S. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez:

1) zaniechanie odrzucenia ofert:

- a) wykonawcy Zakład Wielobranżowy „JÓZEW CZYK” M. Ż.,
- b) wykonawcy Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TORABUD” s.c. (dalej również: „TORABUD s.c.”),

z powodu błędów w obliczeniu ceny na skutek zastosowania przez tych wykonawców stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy zamówienie dotyczy termomodernizacji budynków mieszkalnych i powinna być stosowana stawka podatku VAT w wysokości 8%,

2) brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, pomimo, iż prawidłowo obliczył cenę i zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8% oraz jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu,

3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa TORABUD s.c. podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, w sytuacji gdy oferty Odwołującego i pozostałych wykonawców były nieporównywalne ze względu na

zastosowanie przez nich w ofercie, w kalkulacji ceny różnych stawek podatku VAT tj. przez Odwołującego stawki 8% a przez Zakład Wielobranżowy „JÓZEWCZYK” M. Ż. i Firmę Produkcyjno Handlowo Usługową „TORABUD” s.c. - stawki VAT 23%.

Odwołujący podniósł, iż wskazane czynności oraz zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego: art. 7 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz pkt 19.5 SIWZ przez ich niezastosowanie przez Zamawiającego, w sytuacji gdy zamawiający był zobowiązany odrzucić oferty zawierające ceny obliczone przy zastosowaniu stawki podatku VAT 23 %, a zarazem nie mógł dokonywać oceny wszystkich złożonych ofert i dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty, gdy w ofertach wykonawców były niejednakowe stawki podatku VAT oraz art. 91 ust. 3a ustawy.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. wybrania Firmy Produkcyjno Handlowo Usługowej „TORABUD” s.c. do realizacji przedmiotu zamówienia co do części zamówienia nr 1 i nr 2,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania ofert oraz odrzucenia ofert złożonych przez Zakład Wielobranżowy „JÓZEWCZYK” M. Ż. i Firmę Produkcyjno Handlowo Usługową „TORABUD” s.c., którzy dokonali błędnego obliczenia ceny przez zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23%,
- 3) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów Odwołującego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadniając swój interes w złożeniu odwołania, Odwołujący podał, iż brak odrzucenia ofert wykonawców, którzy dokonali błędnej kalkulacji oferowanej ceny, skutkuje tym, iż nie został wybrany jako wykonawca do realizacji zamówienia. Po odrzuceniu oferty wykonawcy TORABUD s.c. oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w SIWZ. Zamawiający w pkt 19.5 SIWZ podał: „*Uwaga - błędna stawka podatku VAT nie stanowi omyłki rachunkowej, lecz błąd w obliczeniu ceny. Oferta zawierająca błędną stawkę podatku VAT zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP*” i gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował zapis pkt 19.5 SIWZ oraz kryteria oceny ofert, to powinien odrzucić oferty wykonawców którzy przy kalkulacji ceny zastosowali błędną stawkę podatku VAT w wysokości 23 %. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza, nie podlega odrzuceniu, zawiera 8% stawkę podatku VAT i powinna uzyskać 100 punktów, natomiast pozostałe oferty jako podlegające odrzuceniu w ogóle nie powinny być oceniane i punktowane.

Uwzględnienie odwołania da Odwołującemu realną szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu zamiast wybrania oferty Odwołującego, może skutkować szkodę w postaci spodziewanego założonego zysku i poniesionych kosztów, ponieważ przystępując do przetargu Odwołujący dokonał szeregu złożonych czynności organizacyjno-finansowo-prawnych, aby zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, zawarł dodatkowe umowy o pracę i umowy zlecenia oraz utrzymuje stan zatrudnienia i współpracy z podmiotami trzecimi, licząc że przedmiotowe zamówienia zrealizuje. Szkoda Odwołującego wyniesie co najmniej 50 000,00 złotych. Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi spełnienia przez niego przesłanek skorzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Sąd Najwyższy podjął dwie jednobrzmiące uchwały w sprawach o sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11, dotyczące stawki podatku VAT w ofertach i od czasu wydania tych uchwał, w zasadzie jest już ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż w celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT, wskazaną przez wykonawcę z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Najwyższy w uchwale z 20.10.2011 r., III CZP 52/11 wskazał, że *„Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT na skutek jej nieuwzględnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia”*. Odwołujący stwierdził, że oferty, w których zastosowano stawkę VAT 23% do wyliczenia robót budowlanych, co do których obowiązującą stawką podatku VAT jest stawka 8%, powinny podlegać odrzuceniu, ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący podkreślił, iż dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego też niezbędne jest wskazanie przez

wykonawcę stawki podatku VAT, jaki Zamawiający będzie płacił. Taką cenę Zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert. Aby móc dokonać porównania cen ofert Zamawiający winien znać stawkę podatku VAT, by ustalić wielkość tego podatku dla ustalenia ceny oferty danego wykonawcy. Właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego przedmiotu zamówienia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. To Zamawiający, niezależnie od procedury rozliczania podatku VAT jest odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że art. 91 ust. 3a ustawy kształtuje cenę w znaczeniu funkcjonalnym, ponieważ do ceny w znaczeniu wskazanym w ustawie nakazuje dodać podatek VAT. Pozwala więc na obliczenie rzeczywistych wydatków Zamawiającego związanych z danym zamówieniem.

W ocenie Odwołującego wykonawcy: Zakład Wielobranżowy „JÓZEWICZYK” M. Ż. i Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TORABUD” s.c. przy obliczaniu ceny wskazali nieprawidłową stawkę VAT 23%, podczas, gdy powinna być zastosowana stawka 8%, tak jak zrobił to przy obliczeniu ceny Odwołujący. Taki stan faktyczny zobowiązywał Zamawiającego do zakwalifikowania wadliwych ofert jako zawierających błąd w obliczeniu ceny i do odrzucenia tych ofert w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i pkt 19.5 SIWZ. Zamawiający w SIWZ nie wskazał bowiem sugerowanej stawki podatku VAT, tym samym pozbawiony jest możliwości jej poprawy jako omyłki. Skoro obowiązek wskazania stawki podatku VAT wynikał z postanowień SIWZ, to wykonawca nie może podać dowolnej stawki podatku VAT, lecz winien podać stawkę właściwą tj. taką jaka winna być zastosowana adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie stanowiska w tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1462/17.

Odwołujący wskazał, że w części nr 1 przedmiotem zamówienia jest: Ocieplenie budynku mieszkalnego, wymiany stolarki zewnętrznej, modernizacji instalacji C.O., instalacji solarnej w ramach termomodernizacji budynku mieszkalnego w Wybrzeżu, zaś w części nr 2 przedmiotem zamówienia jest: Ocieplenie budynku mieszkalnego, wymiany stolarki zewnętrznej, modernizacji instalacji C.O., instalacji solarnej w ramach termomodernizacji budynku mieszkalnego w Piątkowej. Wszystkie roboty mają być wykonane w bryle budynku mieszkalnego i są bezpośrednio z nim funkcjonalnie związane. W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiot zamówienia dotyczy budynków mieszkalnych, to w świetle wyżej podanych przepisów poza sporem jest czy przedmiot zamówienia dotyczy robót w budynku mieszkalnym i że powinna być zastosowana przez wykonawców przy obliczaniu ceny stawka VAT 8%.

Odwołujący nadmienił, że Zamawiający co do tego samego przedmiotu zamówienia w dniu 13 kwietnia 2018 r., odrzucił jedyną ofertę Odwołującego z powodu błędnego obliczenia ceny oferty i unieważnił przetarg, gdyż Odwołujący wówczas zastosował przy obliczaniu ceny stawkę 23 %. Na dowód Odwołujący złożył zawiadomienie o unieważnieniu przetargu z dnia 7 maja 2018 r., zaznaczając, iż chodziło w nim o identyczny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym przetargu. Odwołujący działając w zaufaniu do stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w poprzednim przetargu, oczekuje jednakowego stosowania obowiązującego prawa również w przedmiotowym przetargu.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie mógł ocenić obiektywnie i na zasadzie równości wykonawców przy braku porównywalności ofert z uwagi na to, iż w obliczaniu ceny zawierały one różne stawki podatku VAT.

Pismem z dnia 4 lipca 2018 r., złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2018 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. M., P. M. - wspólnicy spółki cywilnej Firma Produkcyjno – Handlowo -Usługowa "TORABUD" s.c.

W dniu 13 lipca 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in. iż wybierając ofertę TORABUD s.c., jako najkorzystniejszą kierował się przede wszystkim tym, iż przedmiot zamówienia opisany w pkt 3 SIWZ oraz dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do niej, wskazuje, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, do których nie może być zastosowana preferencyjna stawka podatku VAT 8 %, a wyłącznie podstawowa stawka podatku 23 % z uwagi m.in. na objęcie zamówieniem robót wykonywanych na zewnątrz budynku. Nie ulega wątpliwości, zdaniem Zamawiającego, że wszelkie roboty wykonywane poza budynkiem, a takie występują w niniejszym postępowaniu, nie mogą być opodatkowane stawką preferencyjną, co jednoznacznie potwierdza m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale 7 sędziów z dnia 3 czerwca 2013 r. I FPS 7/12. Otóż NSA w ww. uchwale stwierdził, że: *"Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r., oraz w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 212, poz. 1336) i w § 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), nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem."

Następnie Zamawiający zauważył, iż analiza treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Termomodernizacja budynków w Nadleśnictwie Dynów" prowadzi do jednoznacznych wniosków, iż przedmiotem zamówienia jest robota budowlana składająca się z różnych elementów, którą należy traktować w sposób kompleksowy. Na gruncie przepisów prawa podatkowego traktuje się takie usługi jako usługi kompleksowe, do których zawsze powinna być zastosowana stawka podstawowa 23 %. W tej sytuacji, skoro w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z usługą kompleksową, to z całą stanowczością, zdaniem Zamawiającego, należy stwierdzić, że wykonawca TORABUD s.c. prawidłowo zastosował stawkę 23 % dla całości zamówienia. W tych okolicznościach nie może być mowy o błędnym określeniu stawki podatku VAT i tym samym błędzie w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł również, że podanie przez wykonawcę stawki podstawowej podatku VAT - nawet gdyby zastosowanie miała stawka preferencyjna 8 % - nie może zostać uznane za błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie panuje pogląd, iż stawka podstawowa podatku VAT nie może być uznana za błędną czy też nieprawidłową, gdyż ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże żadnych ujemnych konsekwencji z zastosowaniem podstawowej stawki VAT. Tym samym nie może stanowić błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej i w razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania powinna być stosowana ta stawka. Znajduje to również zastosowanie w obszarze zamówień publicznych. W wyroku z dnia 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 735/13 Izba stwierdziła, że *„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”*

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym treścią SIWZ oraz treścią ofert złożonych w postępowaniu, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się zasadności zarzutów i argumentów przedstawionych w odwołaniu, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

W ocenie Izby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. M., P. M. - wspólnicy spółki cywilnej Firma Produkcyjno- Handlowo-Uslugowa "TORABUD" s.c. (dalej także: „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* W związku z tym wykonawca TORABUD s.c. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do pkt 21.2. SIWZ kryteriami oceny ofert w postępowaniu są: cena z wagą 60% oraz wydłużenie okresu rękojmi z wagą 40%.

W części nr 1 oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TORABUD” s.c.. z ceną 230 059,63 zł oraz Firma Remontowo- Budowlana AS-BUD S. A. z ceną 269 776,46 zł. W części nr 2 oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa „TORABUD” s.c. z ceną 274 869,47 zł, Zakład Wielobranżowy „JÓZEWCZYK” M. Ż. z ceną 296 707,11 zł oraz Firma Remontowo-Budowlana AS-BUD S. A. z ceną 302 108,73 zł. Wykonawcy TORABUD s.c. oraz Zakład Wielobranżowy „JÓZEWCZYK” M. Ż. podali w swoich ofertach cenę brutto uwzględniającą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23 %. Odwołujący natomiast uwzględnił w swojej ofercie podatek VAT według stawki 8 %. Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zaoferowali rozszerzoną odpowiedzialność z tytułu rękojmi tj. 72 miesiące i zgodnie z pkt 21.3 ppkt. 2 SIWZ w kryterium oceny ofert "wydłużony okres rękojmi" otrzymali po 40 punktów, natomiast trzeci z wykonawców w drugiej części w tym kryterium otrzymał 20 pkt. W obydwu częściach zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę TORABUD s.c.

Jak wynika z pkt 19.2 SIWZ i wzoru Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy winni określić w złotych polskich w zapisie liczbowym, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku: całkowitą kwotę oferty netto, stawkę i kwotę podatku od towarów i usług oraz cenę całkowitą oferty brutto.

Pkt 19.5 SIWZ zawiera postanowienie: *„Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, zysk oraz koszty wynikające z okoliczności, które można było przewidzieć w terminie opracowywania oferty do czasu jej złożenia. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT. Wykonawca obowiązany będzie do wystawiania faktury za realizację przedmiotu zamówienia, ze stawką podatku VAT obowiązującą na dzień składania faktury. Uwaga - błędna stawka podatku VAT nie stanowi omyłki rachunkowej, lecz błąd w obliczeniu ceny. Oferta zawierająca błędną stawkę podatku VAT zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. Ponadto w cenie należy uwzględnić wszelkie koszty związane z konserwacją systemów solarnych w zadeklarowanym okresie rękojmi”.*

Z § 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ wynika, że wynagrodzenie jest kosztorysowe, a faktury winny zawierać stawkę podatku VAT właściwą na moment ich wystawienia, nadto, że dopuszcza się składanie faktur częściowych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zauważa, że stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.* Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku m.in. przyjęcia do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Dla zapewnienia przez zamawiającego porównywalności ofert, poddawanych ocenie w przyjętych przez zamawiającego kryteriach ich oceny, oferty powinny zawierać stawkę VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami. Zamawiający w ramach badania ofert jest zobowiązany do zbadania czy wykonawca prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT w swojej ofercie, z uwagi na to, że podatek ten jest elementem cenotwórczym. Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, OSNC 2012, Nr 4, poz. 44 *o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł.* Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt XIII Ga 365/17 (www.uzp.gov.pl), *tylko oferty zawierające skalkulowane przez*

wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, obiektywnie sprawdzalnej, bo wynikającej z obowiązujących przepisów stawce podatku VAT. Bez znaczenia przy tym pozostaje, czy zastosowanie błędnej stawki podatku VAT było działaniem intencjonalnym wykonawcy czy też jedynie efektem błędu w dokonaniu interpretacji przepisów podatkowych. Oferty z nieprawidłową stawką VAT powinny zostać odrzucone, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do dokonania poprawy omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. m.in. uchwała SN z 20 października 2011 r., III CZP 53/11). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, ma zastosowanie gdy SIWZ zawiera stawkę podatku VAT.

Przechodząc od powyższych rozważań na grunt rozpatrywanej sprawy, należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu SIWZ nie określa stawki podatku VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych przez nich ofertach. Zamawiający w SIWZ wymagał podania w ofercie stawki i kwoty podatku VAT. W związku z tym wykonawcy winni ustalić właściwą stawkę podatku VAT i zastosować ją przy obliczeniu ceny oferty, wiedząc, że w razie błędnego jej określenia, Zamawiający nie dokona jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przebieg rozprawy wykazał, iż strony mają wątpliwości co do prawidłowej stawki podatku VAT. Po stronie Zamawiającego wątpliwości te wynikają z tego, iż przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko prace w bryle budynków, ale także roboty zewnętrzne oraz z faktu, iż w każdym z budynków mieści się kancelaria leśnictwa, wykorzystywana do prowadzenia działalności. Natomiast Odwołujący, jakkolwiek w obecnym postępowaniu wywodzi, iż prawidłową stawką podatku VAT jest stawka 8 %, bowiem zamówienie dotyczy robót w budynkach mieszkalnych, to jednak w poprzednio prowadzonym postępowaniu na wykonanie tego samego zamówienia, następnie unieważnionym przez Zamawiającego, zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%, co wskazuje, że odnosząc się do analogicznego przedmiotu zamówienia uznał wówczas, że jest to stawka właściwa.

Odwołujący nie kwestionował twierdzeń Zamawiającego, co do istnienia w budynkach kancelarii leśnictwa, wskazał natomiast, iż Zamawiający nie podnosił wcześniej takiego argumentu i sam podał w SIWZ, że roboty dotyczą budynków mieszkalnych. Dodał, że o charakterze budynku decyduje jego przeznaczenie w planie zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli w części następuje zmiana sposobu korzystania z budynku, to nie zmienia to charakteru budynku. Żadna ze stron nie wskazała jaka część budynku jest wykorzystywana na działalność kancelarii leśnictwa. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej robót poza bryłą budynku, Odwołujący stwierdził, że chodzi

o roboty funkcjonalnie związane z budynkiem, jednak nie udowodnił, iż zakres zamówienia jest niepodzielny, tj. nie obejmuje odrębnych i niezależnych świadczeń, które podlegają odrębnej ocenie z punktu widzenia podatku VAT, nie wykazał, że do całości robót objętych zamówieniem stosuje się stawkę 8%. Wbrew stanowisku Odwołującego wyrażonemu w odwołaniu, samo użycie przez Zamawiającego w nazwie zamówienia budynku mieszkalnego, nie przesadza o braku sporu, co do tego, że przedmiot zamówienia dotyczy wyłącznie robót objętych stawką podatku VAT w wysokości 8%. O zakresie robót objętych zamówieniem nie decyduje jego nazwa, lecz przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. Ciężar dowodu w zakresie stawianych zarzutów, stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, ciąży na Odwołującym. Należy również zauważyć, iż zgodnie z 190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1221 z późn. zm.), opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W myśl art. 8 przywołanej powyżej ustawy 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 niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. Z przepisu art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, że 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. Dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku, stosownie do art. 41 ust. 2 ww. ustawy, wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Zgodnie natomiast z art. 146a ww. ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23 %; stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ww. ustawy, wynosi 8 %. 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 - według art. 41 ust. 12a ustawy - 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. Stosownie do art. 41 ust. 12b ustawy o podatku od towarów i usług, 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. Zgodnie z brzmieniem ust. 12c tego artykułu, 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.

Jak zostało podniesione przez Zamawiającego, zakres robót objętych przedmiotem zamówienia obejmuje także roboty poza budynkiem, ponadto w obydwu budynkach znajduje się kancelaria leśnictwa. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1719), stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług obniża się do wysokości 8% między innymi dla obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt. 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, a także lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12. Przepis art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług określa, iż przez obiekty budownictwa mieszkaniowego, rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania, sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11.

Powyższe wskazuje, że opodatkowaniu stawką w wysokości 8% podlega dostawa, budowa, remont, modernizacja, termomodernizacja lub przebudowa obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, z wyłączeniem lokali użytkowych. Oceny w tym zakresie wymaga również wysokość opodatkowania podatkiem VAT robót wykonywanych poza budynkiem. Odwołujący nie wykazał, że roboty objęte przedmiotem zamówienia, będące do wykonania poza bryłą budynku, nie są opodatkowane podstawową stawką podatku. Samo twierdzenie na rozprawie, że pozostają one w funkcjonalnym związku z robotami w budynku, nie stanowi takiego dowodu.

Zauważenia przy tym wymaga, że z uwagi na to, iż obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy, winny mieć zastosowanie do usług wskazanych wprost w ustawie

o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być zatem wykazana w sposób niebudzący wątpliwości. Brak możliwości jednoznacznego wykazania istnienia, w okolicznościach sprawy, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu i zakresu robót opisanego w SIWZ, podstaw do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, wskazuje na zastosowanie stawki podstawowej.

Podstawową stawką podatku od towarów i usług jest stawka 23%. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu to stawka 8% do wszystkich robót objętych zamówieniem, jest zgodna z przepisami prawa. Ogólne uwagi oparte na używanej przez Zamawiającego terminologii, jak również okoliczność, iż wcześniej Zamawiający odrzucił jego ofertę z uwagi na zastosowanie w niej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, nie są wystarczające do uznania, iż w analizowanym postępowaniu Zamawiający nie odrzucając ofert zawierających podstawową stawkę podatku VAT, naruszył wskazane w odwołaniu przepisy prawa. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przygotowując postępowanie powinien pozyskać wiedzę, jaka jest właściwa stawka podatku VAT w danym zamówieniu, nie zwalnia to jednak wykonawców, jako profesjonalistów, z ustalenia ze swej strony, zgodnie z obowiązującymi przepisami i na zasadach uczciwej konkurencji właściwej stawki podatku VAT i jej zastosowania przy obliczaniu ceny oferty, tym bardziej, że Zamawiający nie określił tej stawki w SIWZ, jak też nie zwalnia wykonawców z obowiązku wykazania poprawności swoich ustaleń w tym zakresie, zarówno w toku postępowania, jak też na etapie realizacji zamówienia.

Stosownie do art. 108 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, który stanowi, że w przypadku, gdy podatnik wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku wyższą od kwoty podatku należnego, to ma obowiązek zapłacić podatek w wyższej wysokości.

Skoro stawka podatku VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową, to w razie istnienia wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, zastosowanie stawki podstawowej należy uznać za w pełni uzasadnione. *Korzystanie ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem podatników. W związku z tym nie można podatnikowi, w szczególności w sytuacjach, w których mogą zachodzić wątpliwości, co do oceny prawopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania stawki podstawowej* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. sygn. akt KIO 349/16).

Powyższe wskazuje, że nie zostało wykazane, iż zastosowana przez dwóch wykonawców przy obliczeniu ceny oferty, stawka podatku VAT w wysokości 23 % jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami. W związku z tym, w ocenie Izby, nie potwierdził

się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na skutek nie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, iż SIWZ w pkt. 19.5 stanowi, że tylko błędna stawka podatku może być uznana za błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty. W związku z tym Zamawiający nie odrzucając ofert, w których przy obliczeniu ceny została zastosowana stawka podatku VAT w wysokości 23% nie naruszył ww. pkt SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepis art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających cenę obliczoną z zastosowaniem stawki podstawowej, na wstępie należy wskazać, iż przepis ten stanowi, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Jak wynika z przebiegu rozprawy, w tym wyjaśnień Zamawiającego, złożonych na rozprawie, istnieją wątpliwości, co do prawidłowej stawki podatku VAT i w związku z tym Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert oraz poddał ocenie oferty zawierające stawkę podatku VAT w wysokości 23% i ofertę ze stawką podatku VAT w wysokości 8%.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający powinien mieć wiedzę jaka stawka VAT jest właściwa i dokonać oceny ofert, które są porównywalne, tj. takie, które zawierają cenę, przy obliczeniu której zastosowano stawkę VAT, zgodną z obowiązującymi przepisami. Zamawiający, w analizowanym postępowaniu, dokonał oceny ofert nieporównywalnych, co wiąże się z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania. Ceny ofert, zawierających cenę obliczoną z zastosowaniem podstawowej stawki VAT w wysokości 23% są niższe, niż cena oferty Odwołującego, w której została zastosowana stawka podatku VAT w wysokości 8%. Zważywszy na liczbę punktów przyznanych w drugim z kryteriów oceny ofert, to cena decydowała o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że o uwzględnieniu odwołania decyduje stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy, czyli takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania, natomiast stwierdzenie braku naruszenia ustawy lub naruszenia niekwalifikowanego, skutkuje oddaleniem odwołania.

O zasadności rozpatrywanego odwołania nie może decydować wyłącznie to, iż w poprzednio prowadzonym postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia

Zamawiający odrzucił ofertę, zawierającą stawkę podatku VAT w wysokości 23%, złożoną przez obecnego Odwołującego. Jakkolwiek należy stwierdzić, iż nie jest prawidłowa postawa Zamawiającego, który w jednym postępowaniu uznaje, że stawka podatku VAT 23% jest wadliwa i odrzuca ofertę, zawierającą cenę obliczoną z zastosowaniem takiej stawki, a w kolejnym postępowaniu na taki sam przedmiot zamówienia, uznaje, że stawka podstawowa jest właściwa, to jednak wymaga zauważenia, że wykonawcy, którego oferta została odrzucona z uwagi na zastosowanie przy obliczeniu ceny oferty stawki podatku VAT w wysokości 23%, a następnie zostało unieważnione postępowanie, przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziły do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca składając ofertę informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Wykonawca TORABUD s.c. w swojej ofercie nie oświadczył, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W związku z tym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp należy uznać za bezzasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu

Mając powyższe na uwadze, na podstawie przepisów art. 191 ust. 2 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i § 3 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący