

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

WIKSBUD Sp. z o.o. ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Rypińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.

ul. Orzeszkowej 9, 87-500 Rypin

protestu z dnia 26 marca 2008 r. (pismo z 25 marca 2008 r., wniesiony do zamawiającego 26 marca 2008 r.)

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża Rypińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Orzeszkowej 9, 87-500 Rypin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez WIKSBUD Sp. z o.o. ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Rypińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Orzeszkowej 9, 87-500 Rypin na rzecz WIKSBUD Sp. z o.o. ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu i zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz WIKSBUD Sp. z o.o. ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę budynków mieszkalnych 26 i 36 rodzinnych nr 8 i 9 z przeznaczeniem na wynajem przy ul. Łącznej w Rypinie ZAD.DZI/VIII/RTBS/07*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Ogłoszenie zostało zamieszczone 8 lutego 2008 r. w BZP pod numerem 26933-2008. Wartość zamówienia wynosi 6.999.139,00 zł.

O wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Ewę Talkiewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ROMEW”, Odwołujący dowiedział się 21 marca 2008 r. Na tę

czynność Zamawiającego 26 marca 2008 r. wniósł protest zarzucając Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez Ewę Talkiewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ROMEW” pomimo, iż oferta ta powinna być odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i żądając unieważnienia czynności wyboru tej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Ewy Talkiewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „ROMEW” i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnił swój protest tym, że obliczając cenę przedmiotu zamówienia należało zastosować w stosunku do jego elementów dwie różne stawki podatku VAT – 7% i 22%, przy czym stawka 22% dotyczy wszystkich robót związanych z budową przyłączy wod-kan i co, kanalizacji deszczowej, terenów zielonych, podjazdów i obiektów małej architektury. Natomiast oferta uznana za najkorzystniejszą zawiera błąd polegający na zastosowaniu do całości przedmiotu umowy 7% stawki VAT i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierająca błąd, którego nie można sanować.

8 kwietnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości uważając, iż przedmiotem zamówienia jest kompleksowa realizacja obiektu społecznego budownictwa mieszkaniowego sklasyfikowanego w PKOB w dziale 11 i jako całość objęta jest stawką podatku VAT 7%, zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług i dodatkowo stwierdzając, iż, zgodnie z art. 88 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, za prawidłową przyjmuje się cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

8 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 10 kwietnia 2008 r.) podtrzymując swój zarzut i żądając unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazania powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w odwołaniu oraz podczas rozprawy przedstawił interpretacje – jedną wydaną 3 marca 2008 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, dwie przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy 27 marca 2008 r. – w zakresie zasad opodatkowania robót budowlanych wykonanych dla inwestycji obejmującej budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą, z których wynika, iż od 1 stycznia 2008 r. powinno się stosować preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7% tylko do budowy budynków mieszkalnych oraz do wykonywanych w nich instalacji wewnętrznych, a pozostałe prace, nawet wchodzące w skład tego samego kontraktu, (infrastruktura towarzysząca) winny być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT tj. 22%. Wynika to z faktu, iż 1 stycznia 2008 r. przestał obowiązywać przepis przejściowy – art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) i mają zastosowanie przepisy art. 41 ust. 1, 2, 12 – 12c ustawy o podatku od towarów i usług, w które nie obejmują infrastruktury towarzyszącej.

Zamawiający, na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawił opinie z zakresu doradztwa podatkowego, z których dwie odnoszą się do innego stanu faktycznego, jedna (omówienie interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy) potwierdza stanowisko Odwołującego, a jedna jest wyłącznie poglądem biegłego rewidenta.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest zastosowanie przez Ewę Talkiewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ROMEW”, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejsza, właściwej lub niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług. Jest to kwestia, w której właściwe są odpowiednie organy podatkowe.

Zgodnie z art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 t. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) obowiązek zapewnienia

jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej spoczywa na Ministrze Finansów, który upoważnił do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego Dyrektorów Izb Skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Poznaniu i Warszawie – § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. Nr 112, poz. 770).

Jakkolwiek upoważnienie to i przedstawione przez Odwołującego interpretacje, dotyczą indywidualnych spraw, skład orzekający Izby uznał, iż, ze względu na analogiczny stan faktyczny, ta sama zasada opodatkowania, ma zastosowanie również w przedmiotowej sprawie.

Z wszystkich trzech interpretacji wynika jednoznacznie, iż 7% stawka podatku od towarów i usług nie znajduje zastosowania do budowy, remontów i konserwacji obiektów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Obowiązujące od 1 stycznia 2008 r. przepisy – w związku z brzmieniem przepisu przejściowego wyrażonego w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – nie wprowadziły preferencji podatkowej dla infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, co oznacza, iż od 1 stycznia 2008 r. roboty z nią związane podlegają opodatkowaniu według stawki 22%.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, iż w niniejszym postępowaniu nie ma znaczenia fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową. Art. 88 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, na który powoływał się Zamawiający, a stanowiący o tym, iż za prawidłową uznaje się cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, dotyczy wyłącznie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Tymczasem nieprawidłowe przyjęcie stawki podatku od towaru i usług nie jest omyłką rachunkową, lecz błędem w obliczeniu ceny, pogład ten jest utrwalony w orzecznictwie i piśmiennictwie, np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 31 marca 2006 r. (sygn. akt II Ca 2230/05), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 2516/05).

Natomiast oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, podlega obligatoryjnemu odrzuceniu, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....