

Sygn. akt: KIO 1559/18

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez **D.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D.Ś, Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Aleksandrów Łódzki, ul. Plac Kościuszki 2, 95-070 Aleksandrów Łódzki**

przy udziale wykonawcy **K.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRAT-BUD P.P.H.U. K.P. ul. Gliniana 34, 91-336 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **D.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” Damian Ś. Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D.Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **D.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40,**

42-200 Częstochowa na rzecz **Gminy Aleksandrów Łódzki, ul. Plac Kościuszki 2, 95-070 Aleksandrów Łódzki** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożonym rachunkiem.

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 **we Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Aleksandrów Łódzki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji zasobów mieszkaniowych w Gminie Aleksandrów Łódzki. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18.06.2018r. pod poz. 574953-N-2018. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 6.08.2018r. Odwołujący – D.Ś., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D.Ś - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy K.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BRAT-BUD P.P.H.U. K.P. oraz zaniechaniu jej odrzucenia w zakresie części I i części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp w związku z brakiem odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny,
3. art. 89 ust 1 pkt. 8 Pzp w związku z brzmieniem art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, co powoduje, że oferta jest nieważna na podstawie ww. przepisów,
4. związane z brakiem dokonania czynności badania i oceny ofert

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i części II,
2. odrzucenie oferty wykonawcy BRAT-BUD P.P.H.U. K.P. w części I i części II,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego w zakresie części I i części II to oferta Pana D.Ś prowadzącego działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D.Ś, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,

Odwołujący, powołując postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty oraz odpowiedzi na pytania udzielone w toku postępowania o zamówienie publiczne podniósł, że

oferta wykonawcy Brat -Bud zawiera błędy w obliczeniu ceny w części I i II zamówienia. Odwołujący wskazał w odwołaniu na konkretne adresy posesji, elementy rozliczeniowe ujęte w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ, dla których wykonawca w sposób błędny podał stawkę podatku VAT 8% zamiast 23%. Elementy te dotyczyły: wykonania nowych pomieszczeń (maszynowni, pomp ciepła), wykonania nowych pomieszczeń wraz z przyłączem energetycznych (modernizacja systemu grzewczego wraz z przyłączem) albo samych przyłączy energetycznych. Zdaniem Odwołującego w przypadku robót wykonywanych w nowych pomieszczeniach lub w pomieszczeniach adaptowanych w celu instalacji pomp ciepła i urządzeń towarzyszących oraz w przypadku przyłączy zastosować należy podstawową stawkę podatku od towarów i usług a nie stawkę obniżoną.

Odwołujący podniósł, że w sprawie istotnym jest utrata mocy przepisu przejściowego, to jest artykuł 146 ust 1 pkt 2 lit a ustawy o podatku od towarów i usług z dniem 31 grudnia 2007 r. spowodowała, że do robót związanych z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu zastosowanie ma prawidłowa, 23% stawka podatku. Ze stawki preferencyjnej korzysta wyłącznie budowa, także inne wymienione w art 41 ust 12 ustawy, czynności dotyczące budynków, rozumianych jako obiekty budowlane wraz z wybudowanymi w bryle budynku instalacjami i urządzeniami technicznymi. Obniżona stawka podatku nie obejmuje więc innych elementów infrastruktury budowlanej, wykonanych na zewnątrz poza bryłę budynku. Zgodnie z uchwałą Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt. I FPS 7/12, obniżona stawka podatków od towarów i usług o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatkach od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz. 535, ze zm. w brzmieniu od dnia 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatek od towarów i usług (Dz.U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonanych poza budynkiem.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W zakresie istotnych dla rozstrzygnięcia postanowień SIWZ, przywołać należy postanowienia rozdz. XIV Opis sposobu obliczenia ceny:

1. Wykonawca określi cenę ryczałtową oferty (zawierającą należny podatek VAT - należy wskazać jego wysokość w%) w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wg załączonego Formularza Oferty (załącznik nr 2 do SIWZ),

odrębnie dla Części I i Części II zamówienia. Cena ryczałtowa oferty musi być podana liczbowo i słownie.

2. Wykonawca dokona kalkulacji ceny oferty (zawierającej należny podatek VAT) wg załączonego Zestawienia elementów rozliczeniowych (Załącznik nr 3 do SIWZ) - odrębnie dla Części I i Części II zamówienia.

3. Do obliczenia ceny oferty należy zastosować następujący sposób:

- Podać „koszt jednostkowy netto” dla danej pozycji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (kolumna E w Zestawieniu elementów rozliczeniowych).

- Podać „stawkę podatku VAT w %” dla danej pozycji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (kolumna F w Zestawieniu elementów rozliczeniowych).

- Podać „koszt jednostkowy brutto” (zawierający należny podatek VAT) dla danej pozycji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (kolumna G w Zestawieniu elementów rozliczeniowych). (...)

8. Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy. Należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 z późn. zm.). Zamawiający nie uzna za oczywistą pomyłkę i nie będzie poprawiał błędnie ustalonej stawki podatku VAT.

9. W świetle obowiązujących przepisów - ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 z późn. zm.) ustawodawca przewidział możliwość zastosowania preferencyjnej 8% stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do wyszczególnionych w ustawie i przepisach wykonawczych - dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termo modernizacji, przebudowy obiektów budowlanych lub robot konserwacyjnych dotyczących obiektów objętych społecznym programem mieszkaniowym. Przy czym przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych.

W związku z powyższym Zamawiający wyszczególnił w „Zestawieniu elementów rozliczeniowych” dla wybranych obiektów powierzchnie lokali mieszkalnych i użytkowych.

Wykonawca winien również dla prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT posłużyć się interpretacją wynikającą z uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 03.06.2013 r., wedle której: „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 § 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”.

Odpowiedź na pytanie 18, w której podano:

„Według Zamawiającego w tym przypadku wykonanie jest tożsame z wybudowaniem nowego pomieszczenia. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę potencjalnemu wykonawcy, że sprawę wykonania czy też adaptacji pomieszczenia na maszynownię pozostawia do rozstrzygnięcia Wykonawcy w ramach sporządzonej dokumentacji projektowej w uzgodnieniu z Zarządzającym mieniem komunalnym (..)”

Odpowiedź na pytanie 19, w której podano:

„Zamawiający informuje, że prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy. Stąd w przypadku, gdy dla danej pozycji (obejmującej roboty wykonywane wewnątrz budynku i poza budynkiem) w Zestawieniu elementów rozliczeniowych (Załącznik nr 2 do SIWZ) zastosowanie znajdzie więcej niż jedna stawka podatku VAT należy wówczas dokonać dalszego podziału danej pozycji w Zestawieniu elementów rozliczeniowych pomiędzy różne stawki podatku, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanego podziału, ujętych w kolejnych kolumnach Zestawienia: stawka podatku, koszt jednostkowy netto, koszt jednostkowy brutto, całkowita wartość prac i robót budowlanych (brutto)”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od wpisu. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i wykonawcy Przystępującego co do braku interesu po stronie Odwołującego w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Okoliczność, iż cena oferty Odwołującego przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia i ewentualny wybór oferty tego wykonawcy może doprowadzić do unieważnienia postępowania jest okolicznością przyszłą i hipotetyczną, pozostającą bez

wpływu na ocenę istnienia interesu we wniesieniu tego odwołania. Ewentualne unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne byłoby czynnością następczą, dokonaną po wyborze najkorzystniejszej oferty i podlegałoby kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienie postępowania. Trybunał uznał, że wykonawcy mogą się wówczas ubiegać o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji zasobów mieszkaniowych w Gminie Aleksandrów Łódzki. Niespornym między stronami jest, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie prac projektowych, nie narzucał żadnych konkretnych rozwiązań technologicznych. Kwestia zlokalizowania przyłączy i pozostałej infrastruktury, w tym pomp ciepła (kotłowni) w poszczególnych budynkach, objętych zamówieniem należała do swobodnej decyzji samego wykonawcy. Zamawiający nie wskazał także stawki VAT, jaką winni przyjąć wykonawcy do obliczenia ceny oferty; wskazywał jedynie, że prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie wykonawców i należy wziąć pod uwagę powołaną wyżej uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 03.06.2013r., Sygn. akt. I FPS 7/12.

Nie ulega wątpliwości, że konsekwencją przyjętych w projekcie rozwiązań technicznych jest ustalenie właściwej stawki podatku VAT. To wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność zarówno za przyjęte w projekcie rozwiązania techniczne jak i ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT, które w tym postępowaniu pozostają w ścisłej zależności. Zdaniem Izby, na tym etapie nie można wykluczyć sytuacji, że wykonawca który przyjął obniżoną stawkę podatku VAT na pompy ciepła i inne przyłącza usytuuje je w projekcie i zrealizuje wewnątrz budynku, tak aby pozostać w zgodzie z przyjętą przez siebie stawką podatku VAT. Przystępujący w treści pisma procesowego z dnia 22.08.2018r. oświadczył, że zamierza tak zaprojektować termomodernizację budynków i infrastrukturę techniczną, aby cała infrastruktura, przyłącza i wszystkie zabudowania znalazły się w bryłach budynków mieszkalnych. W tym celu Przystępujący zamierza zaadaptować pomieszczenia wewnątrz budynków, rozbudować budynki i wyburzyć budynki znajdujące się poza bryłą.

Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na okoliczność, iż przyjęte przez Przystępującego rozwiązania techniczne dotyczące umiejscowienia przyłączy, infrastruktury są niemożliwe. Twierdzenia Odwołującego, że ze względów technologicznych nie jest możliwe zlokalizowanie pomp ciepła i przyłączy

wewnątrz budynków jest oparte wyłącznie na subiektywnym przekonaniu samego Odwołującego i - jak wyjaśnił w toku rozprawy - wiedzy, jaką pozyskał od innego wykonawcy, który odstąpił od realizacji tego przedmiotu zamówienia.

Złożona przez Odwołującego jako dowód w sprawie interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (Leszno, dnia 17.05.2018r.) dotyczy możliwości zastosowania 8% stawki VAT na wykonanie konkretnego rozwiązania polegającego na usytuowaniu pomieszczenia technologicznego węzła i pompy ciepła (kotłowni) oddalonej o kilka metrów od budynku mieszkalnego. W sytuacji braku wiedzy na temat rozwiązań przyjętych przez Przystępującego w projekcie, stanowi ona dowód irrelevantny dla rozstrzygnięcia sporu.

W konsekwencji, skoro w tak ustalonych warunkach postępowania o zamówienie publiczne, stawka podatku VAT uzależniona jest od przyjętych dowolnie przez każdego wykonawcę w projekcie rozwiązań technologicznych to nie można uznać, że któraś z ofert zawiera nieprawidłową stawkę podatku VAT, co powoduje, że nieuzasadnionym jest twierdzenie o braku dokonania przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert

Izba oddaliła wniosek zgłoszony przez Przystępującego o zwrot kosztów dojazdu na rozprawę, wskazując, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) nie przewidują możliwości zaliczenia w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów poniesionych przez wykonawcę Przystępującego. Przystępujący w sprawie wykonawca byłby uprawniony do zwrotu kosztów jedynie wówczas, gdyby wniósłby sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania. (§3 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: