

WYROK
z dnia 31 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowane mgr inż. W..... G....., ul. Rudzka 103, 47-400 Racibórz** w postępowaniu prowadzonym przez **Raciborskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, ul. Batorego 6, 47-400 Racibórz,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowe "BORBUD" Sp. z o.o., ul. Wodna 21, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego - Przedsiębiorstwa Budowanego mgr inż. Władysław Górski, ul. Rudzka 103, 47-400 Racibórz, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Raciborskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego, ul. Batorego 6, 47-400 Racibórz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **W..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowane mgr inż. W..... G....., ul. Rudzka 103, 47-400 Racibórz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Raciborskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego, ul. Batorego 6, 47-400 Racibórz** na rzecz **W..... G....., prowadzącego działalność**

gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowane mgr inż. W..... G....., ul. Rudzka 103, 47-400 Racibórz kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Raciborskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Batorego 6, 47-40 Racibórz, zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „ **Remont budynku mieszkalnego przy ulicy Matejki 10 w Raciborzu**”. Nr 01/B/14.

W dniu 10 marca 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe „Borbud” Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu ul. Wodna 21.

Wobec takiej czynności zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Budowane mgr inż. W..... G....., ul. Rudzka 103, 47-400 Racibórz, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty, a także nieodrzuconie oferty wykonawcy wybranego i tym samym ustalenie niewłaściwego wyniku postępowania. Zamawiającemu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust 1 pkt. 1, pkt. 6, art. 91 ust. 1, art. 92 ustawy Pzp.

Uzasadniając powyższe zarzuty wskazał, że zamawiający w procesie badania oferty odrzucił jego ofertę za niepoprawialny błąd w obliczeniu ceny oferty z zastosowaniem błędnej stawki VAT na pozycji przedmiarowej -drenaż opaskowy, dopisany do przedmiarów parkingu / nie uzasadniając merytorycznie tego błędu/ lecz odnosząc to do wyroku NSA z dnia 27 kwietnia 2012r./ Wskazał, że odwołujący w powyższym przedmiarze robót dotyczącym Branży Sanitarnej, tj:

- Drenażu Opaskowego i odwodnienia parkingu (rozdział nr 5)
- Obniżenie studzienek pod parking (rozdział nr 6)

zastosował w danych pozycjach stawkę podatku VAT 23% w sytuacji gdy do tych do pozycji wybrany wykonawca - Firma Borbud zastosowała stawkę podatku Vat w wysokości 8%.

Nadto w tym zakresie podał, że w przypadku pomieszczenia pozycji robót dotyczących budynku mieszkalnego i parkingu należało jednoznacznie zastosować do tej części robót stawkę podatku VAT - podstawową. Na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska w tej sprawie przywołał szereg tez z orzeczeń sądów oraz Krajowej Izby odwoławczej (KIO).

Nadto podał, że jeden z wykonawców w zakresie ustalenie właściwej stawki podatku VAT dla poszczególnych rodzajów robót zadał zamawiającemu pytanie jaką stawkę podatku należy zastosować do robót objętych zamówieniem. Zamawiający na postawione pytanie odpowiedział, że *stawka w ofercie ma być obliczona zgodnie z obowiązującymi przepisami dla danego rodzaju robót i w postępowania występują różne stawki VAT dla różnych robót.*

Podał, że z treści informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wynikało, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT dla robót dotyczących drenażu opaskowego i przebudowy studzienek na terenie parkingu, gdyż tylko te pozycję wskazał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty. W związku z tym, że w robotach dotyczących parkingu zostały ujęte również roboty takie jak wykonanie opaskowego odwodnienia budynku oraz obniżenia studzienek zlokalizowanych na parkingu (burzowe i kanalizacyjne). Odwołujący, mając wątpliwości, czy do tego typu robót zewnętrznych- poza budynkiem, mogłaby być zastosowana stawka 8%, zastosował stawkę podstawową, wychodząc z założenia, że tam, gdzie odwołujący ma wątpliwości, może zawsze zastosować stawkę podstawową. Stwierdził, że pomimo zastosowania stawki podstawowej na niektóre roboty, to jego cena ofertowa, bezspornie, była ceną najniższą. Odwołujący ponadto dodał, że wątpliwości w tym zakresie co do zastosowania stawki do ww. pozycji były uzasadnione, gdyż podobne wątpliwości miało również dwóch innych wykonawców, których oferty również zostały przez zamawiającego odrzucone.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W prezentowanym na rozprawie stanowisku wnosząc o oddalenie odwołania podniósł iż załącznikami do oferty były przedmiary rodzajowe dotyczące określonych grup robót, które przygotował zamawiający. Zostały one tak przygotowane, aby wykonawcy dla danego przedmiaru mogli zastosować odpowiednie stawki podatku VAT podając, iż dla danego przedmiaru miała to być jedna stawka. Zamawiający przyznał, że o tym fakcie nie poinformował wykonawców, gdyż zarówno przepisy Pzp jak i ustawa o podatku VAT do tego go nie zobowiązywały. Nie wskazał też tego faktu w odpowiedzi na pytanie wykonawcy zadane w trakcie postępowania, gdyż pytanie dotyczyło podatku do całości robót, a nie poszczególnych przedmiarów.

Podał również, iż wszyscy wykonawcy, oprócz odwołującego, dokonali wskazania prawidłowej stawki podatku VAT. Niewątpliwe dla zamawiającego było to, iż stawka za roboty wykonywania drenażu opaskowego oraz obniżenia studzienek winna wynosić 8%, gdyż roboty te są w sposób jednoznaczny związane z robotami dotyczącymi budynku (wykonanie odwodnienia oraz odprowadzenia wód z drenażu, a także obniżenie studzienek z odpływów sanitarnych z budynku oraz kanalizacji burzowej), a że jest to budynek mieszkalny, to stawka powinna wynosić 8%. Na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska wskazał na wyrok NSA z 2012 r. sygn. I FSK 978/11, gdzie sąd stwierdził, że wykonanie drenażu - odwodnienia budynku stanowi integralną część robót dotycząca tego budynku i powinna być objęta stawką 8%. Wynika to również, zdaniem zamawiającego z art. 41 ust. 12 ustawy o VAT w zw. z par. 37 rozporządzenia Ministra Finansów dotyczącego wykonania niektórych przepisów ustawy o VAT. Podał, że podobne stanowisko wynika również z kolejnego wyroku NSA z 20 kwietnia 2011 r. sygn. I FSK 499/10,

Stwierdził, że brak było podstaw do zastosowania w sprawie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącego możliwości poprawy omyłek w ofercie, gdyż niewątpliwym było, że odwołujący stawkę podstawową na ww. roboty wskazał w sposób celowy i przemyślany, tym samym nie mogło być mowy o jakimkolwiek błędzie czy omyłce w obliczeniu ceny oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe "BORBUD" Sp. z o.o., ul. Wodna 21, 47-400 Racibórz, którego pełnomocnik nie stawił się na rozprawę przed KIO pomimo prawidłowego zawiadomienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może umożliwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Wskazać należy również, że przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych i tym samym odwołanie może zawierać zarzuty i być rozpatrywane przez Izbę, tylko w zakresie wyznaczonym treścią przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego też podnoszone przez odwołującego zarzuty wobec oferty wybranej nie podlegały ocenie przez Izbę i tym samym nie miały wpływu na wynik odwołania.

Przedmiotem sporu w tym odwołaniu jest kwestia czy odwołujący w sposób prawidłowy zastosował do robót wykonania opaski drenażowej oraz obniżenia studzienek kanalizacyjnych i burzowych, pod roboty wykonania parkingu stawkę podatkową 23% zamiast jak twierdzi zamawiający - właściwą stawką jest stawka preferencyjna 8 %.

Niewątpliwie w sprawie jest, że roboty objęte przedmiotem zamówienia dotyczyły wykonania remontu budynku mieszkalnego tzw TBS oraz terenu wokół budynku - robót wykonania parkingu.

Odwołujący jak i pozostali wykonawcy tego postępowania dla obliczenia ceny oferty zastosowali dwie stawki podatku VAT, jedną preferencyjną 8% oraz podstawową 23%. Odwołujący zastosował preferencyjną stawkę VAT tylko dla robót wewnętrznych. Natomiast do robót zewnętrznych - w tym i dla wykonania opaski drenażowej (odwodnienia budynku) zastosował stawkę podstawową 23%. Odwołujący stwierdził, że zastosował stawkę podstawową, gdyż stawka ta wydaje się być obowiązującą do wszelkich robót wykonywanych na zewnątrz budynku mieszkalnego, i tym samym istnieją uzasadnione wątpliwości co do możliwości objęcia tych robót 8% stawką preferencyjną. Na okoliczność tą przedstawił interpretację indywidualną Ministra Finansów - Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 15 października 2013 roku nr ITPP1/443-637/13/AJ wydanej w podobnym stanie faktycznym co przedmiotowe postępowanie. W stanie faktycznym objętym interpretacją Izby Skarbowej wykonawca robót zadał pytanie czy dla robót zewnętrznych odnoszącym się do budynku mieszkalnego tj. np.: wykonania rurociągu sanitarnego - odpływowego od ściany budynku do studzienki, wykonania przyłączy wodociągowych do ściany budynku, budowę rurociągu odpływowego burzowego od rynien- rur spustowych, do sieci burzowej wraz z wykonaniem studni rewizyjnych dla tych kanalizacji, właściwą stawką podatku VAT jest stawka 23%. W odpowiedzi Izba Skarbowa zaprezentowała stanowisko, że do wszystkich prac prowadzonych poza bryłą budynku winno mieć miejsce zastosowanie stawki VAT 23%, a tylko do robót prowadzonych wewnątrz budynku należy stosować stawkę podatku 8%.

Odnosząc się do zarzutów oraz stanowisk stron zaprezentowanych w sprawie stwierdzić należy, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Ponadto za stanowiskiem doktryny, a także ugruntowanego orzecznictwa KIO stwierdzić należy, że *„Towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka”* (VAT. Komentarz” Lex 2010 r. A. Bartosiewicz, R. Kubacki), wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13.

Również stwierdzić należy korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Tym samym jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, to aby nie narazić się na odpowiedzialność karno- skarbową, powinien zastosować stawkę podstawową. Należy uznać, że w związku z charakterem stawki podstawowej, stawki obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy.

Ponadto stwierdzić należy, że podstawowym dokumentem dla wykonawców zainteresowanych udziałem w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego jest Specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja stanowi instrukcję, która umożliwia przygotowanie i złożenie oferty odpowiadającej potrzebom zamawiającego. Treść SIWZ wiąże w takim samym stopniu wykonawców i zamawiającego. W SIWZ zamawiający podając sposób obliczenia ceny, może wskazać stawkę podatku VAT. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę; stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), że zamawiający w SIWZ może wskazać stawkę VAT, oraz przepis art. 36 ust.1 pkt 12 iż zamawiający jest zobowiązany *wskazać opis sposobu obliczenia ceny*, to podanie w SIWZ stawki podatku VAT na roboty objęte zamówieniem wydaje się powinnością zamawiającego. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (sygn. Akt III CZP 53/2011) na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W SIWZ muszą się znaleźć wszystkie elementy, dzięki którym podmioty chcące złożyć ofertę będą dokładnie wiedziały, czego zamawiający wymaga w ofercie.

Jeżeli Zamawiający wskaże stawkę podatku VAT, wtedy kontrola oferty w tym zakresie może skutkować jej poprawieniem, jeżeli nie doprowadzi to do istotnych zmian w jej treści. Jednakże może również prowadzić do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy różnica spowodowałaby istotne zmiany w jej treści, albo gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazał ani w SIWZ, ani w odpowiedzi na pytanie wykonawców jaką stawką według niego należy opodatkować wskazane w kategoriach rodzajowych roboty. Na pytanie o stawkę VAT zamawiający nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi, stwierdzając, że podatek VAT ma być obliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami. Gdyby zamawiający miał w tym względzie pewność to powinien w odpowiedzi przypisać, do robót objętych poszczególnymi przedmiotami rodzajowymi stawki 8% i 23 % podatku VAT .

Oceniając zasadność stanowiska odwołującego co do wskazanej stawki VAT wskazać należy, że skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie podwyższenie ceny jego oferty poprzez niezastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.(por. wyrok KIO 20 marca 2014 r. sygn. akt 430/14)

Podanie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych

wykonawców. Podanie w ofercie wyższej stawki podatku VAT powoduje, że oferta tego wykonawcy staje się relatywnie droższa, a tym samym mniej konkurencyjna dla tego wykonawcy.

W tym postępowaniu zastosowanie przez odwołującego stawki podstawowej nie stało na przeszkodzie dokonania porównywania cen ofert w celu wybrania oferty najkorzystniejszej. Oferta złożona przez odwołującego pomimo zastosowania na niektóre roboty stawki podstawowej, a więc wyższej, to i tak w ustalonym w SIWZ kryterium oceny ofert - ceny, była oferta najkorzystniejszą. Zastosowanie przez odwołującego dla robót objętym zarzutami odwołania, stawki preferencyjnej spowodowałoby iż różnica pomiędzy ceną oferty wybranej, a ofertą odwołującego byłaby jeszcze wyższa na korzyść oferty odwołującego (podobnie: wyrok KIO z 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2138/11).

Izba podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z 6 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2294/12), że w *ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna. Nieracjonalne byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną. Pogląd przeciwny jest nie do pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3 pkt 1a ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Z błędami w obliczaniu ceny mamy do czynienia, wówczas gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie bierze pod uwagę cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji.

W tym przypadku, istniały w sprawie poważne wątpliwości co do możliwości stawki preferencyjnych, gdyż wykonywane roboty dotyczyły wykonania drenażu, a więc robót poza obrysem ścian budynku. Poza tym roboty te były ujęte w robotach dotyczących wykonania parkingu, a więc były przynależne do tego rodzaju robót. Tym samym odwołujący słusznie zastosował stawkę podstawową, godząc się z faktem, że jego oferta może być z tego powodu oferta droższą od ofert innych wykonawców, którzy zastosowali do tych robót stawkę preferencyjną. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r., w sprawie o sygn. III CZP 54/06, że *podatek od towarów i usług jest elementem ceny, tym samym zastosowanie właściwej stawki podatku objęte jest sferą dyspozytywności wykonawcy.*

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba stwierdzając naruszenia przepisów ustawy Pzp wymienione w odwołaniu, postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący