

Sygn. akt KIO/UZP 1827/09

WYROK
z dnia 14 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Andrzej Niwicki
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Olecko, Plac Wolności 3, 19-400 Olecko** protestu z dnia 19 listopada 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie biegnących się o udzielnie zamówienia: 1. Mostostal Warszawa S.A., 2. Masters Emil Borys Sp. j., adres dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olecko - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa centrum sportowo – rekreacyjno – kulturalnego hali widowiskowo – sportowej w Olecku.

10 listopada 2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Mostostal – Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Masters Emil Borys Sp. j. z siedzibą w Wysokim Mazowieckim (dalej: Konsorcjum Mostostal).

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący się kontynuował w odwołaniu jeden z zarzutów protestu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Mostostal oraz: Konsorcjum Polimex - Mostostal S.A. i Aqua - Inwest Sp. z o. o., Konsorcjum PB-I Sanmel Sp. z o. o. i PPUH Transcom Sp. z o.o., Konsorcjum Przemysłówka PBP Holding SP. z o. o. i Pribo - EBP Sp. z o.o., Konsorcjum Pribo Sp. z o. o. i Tamex Obiekty Sportowe S.A., Konsorcjum Budbaum, Tiwwal Sp. z o.o. i Holma Sp. z o. o., Konsorcjum WPRB Anatex inż. Anatol Chomczyk i PW Budomex Sp. z o. o., Konsorcjum Instal - Białystok S.A. i ABM Solid S.A., Vectra S.A., Budimex - Dromex S.A., PB Polbud Sp. z o. o. Odwołujący się wskazał, że zaniechanie zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa). W konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom ustawy stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia ofert wymienionych wykonawców oraz wybór oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej. Wywiódł, że merytoryczna niezgodność ofert wykonawców z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) powoduje obowiązek zamawiającego odrzucenia ofert, gdyż dopuszczenie do oceny ofert odmiennych w stosunku do siwz prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – nieuczciwej konkurencji między wykonawcami.

Odwołujący się, wskazał, że w poz. 286 i 287 kosztorysu przedmiot zamówienia obejmował dostawę wyposażenia, w tym wyposażenia pierwszej pomocy. Stosownie do poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług sprzęt medyczny (certyfikowany i jednocześnie niewbudowany) objęty jest stawką VAT 7 %. Tymczasem wymienieni wykonawcy dla powyższego sprzętu podali stawkę 22%. Odwołujący się powołał postanowienia rozdziału XII pkt 5 i 6 siwz, zgodnie z którymi, w takim stanie rzeczy, zamawiający winien oferty z tak naliczonym podatkiem VAT odrzucić. Wywiódł ponadto, że wyposażenie zaoferowane w poz. 286 i 287 nie stanowi części składowej rzeczy, lecz jej przynależność, co uzasadnia opodatkowanie go inną, niż podstawowa 22 %, stawką VAT w wysokości 7 %. Powołał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 21 maja 2009 roku (sygn. akt IX Ga 83/09 niepubl.)

Odwołujący się uznał pogląd, że wskazując cenę brutto wykonawca dokonuje obliczenia właściwej stawki podatku VAT na własne ryzyko i odpowiedzialność, za uzasadniony na gruncie przepisów prawa podatkowego, jednakże za nieuzasadniony na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec sformułowania w siwz wymagania prawidłowego określenia stawki podatku VAT.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 19 listopada 2009 r. pismem z tej daty za pośrednictwem faksu, odwołanie 7 grudnia 2009 r. pismem z tej daty (presentata Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z 27 listopada 2009 tego dnia przekazując rozstrzygnięcie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zamawiający nie podzielił zarzutu zaniechania odrzucenia ofert z powodu podania stawki 22 % podatku VAT w poz. 286 i 287. Wskazał na opis przedmiotu umowy jako roboty budowlanej dokonany w § 1 wzoru umowy i powołał przepisy ustawy o podatku od towarów i usług nakazujące do obiektów sportowych odnosić stawkę 22 % VAT.

Wywiódł, że na wytworzony w wyniku inwestycji środek trwał składają się koszty budowy i nabycia podstawowych środków trwałych stanowiących pierwsze wyposażenie nowego obiektu. Zamawiający wyraził pogląd, że w sytuacji, przedmiot zamówienia stanowiący całość z ekonomicznego punktu widzenia, nie powinien być dzielony w sposób sztuczny z punktu widzenia przepisów podatkowych. Wywiódł, że świadczenie pomocnicze winno dzielić los świadczenia głównego, co potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (sprawy: C-349/96 oraz C-41/04, C-251/05), sądów administracyjnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 193/09. Zamawiający uznał, że wskazywany przez odwołującego się sprzęt medyczny jest elementem pobocznym o nieznacnej wartości w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem nie podlega opodatkowaniu 7% stawką VAT. Zamawiający ocenił nadto, że przyjęcie różnych stawek podatku VAT nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż (z wyłączeniem art. 91 ust. 3 a ustawy) wykonawcy otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszają o należną stawkę VAT.

Konsorcjum Mostostal przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony i uczestnik postępowania podtrzymali wcześniejsze stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 185- 166242 , 25 września 2009 r.

Zamawiający w ogłoszeniu i wzorze umowy określił przedmiot zamówienia, jako robotę budowlaną, a wynagrodzenie wykonawcy, jako wynagrodzenie ryczałtowe.

W poz. 286 i 287 kosztorysu ofertowego zamawiający przewidywał dostarczenie wyposażenia hali sportowej oraz basenu.

W rozdziale XII siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty. Zamawiający wymagał podania zastosowanej stawki podatku VAT, zastrzegając jednocześnie, że prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami

ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego (pkt 4 i 5). Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty (str. 13 i 14 siwz).

Konsorcjum Mostostal złożyło ofertę z ceną 3.251.650, 72 zł brutto, odwołujący się z ceną 43.184.952,71 zł brutto.

Odwołujący się w pkt 1.1.3 kosztorysu (str. 269 i 270 oferty) wydzielił punkty 286 i 287 w których ujął podlegające 7% stawce podatku VAT wyposażenie odpowiednio hali widowiskowo sportowej (kozetki i nosze – 2 szt. każdego sprzętu o wartości 4.378 netto) oraz basenu (resuscytator – 1szt, kołnierz usztywniający -1szt. oraz deskę ortopedyczną, wózek dla niepełnosprawnych z możliwością opuszczania do wody oraz inwalidzki wózek prysznicowo – toaletowy po 2 szt. o wartości 13.237 zł netto). Wartość pozostałego wyposażenia hali i basenu wynosi odpowiednio: 1.732630,90 oraz 117.276, 50 zł netto.

Konsorcjum Mostostal oraz pozostali wykonawcy do obliczenia ceny całości wyposażenia hali widowiskowo sportowej oraz basenu zastosowali stawkę VAT 22 %. Wartość całego wyposażenia hali i basenu oferowanego przez Konsorcjum Mostostal wynosi odpowiednio: 1.597.795, 35 oraz 333.422, 61 zł netto.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania protokołu ZP-1, siwz oraz oryginałów ofert wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje konieczność odrzucenia ofert wykonawców wskazanych przez odwołującego się, który w konsekwencji stałby się jedynym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i miałby możliwość uzyskania zamówienia.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że odwołujący się błędnie wskazuje podstawę prawną podnoszonego zarzutu. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, którego naruszenie zarzuca odwołujący się, nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. *De lege lata* o

niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Zarzut odwołującego się nie dotyczy treści świadczenia oferowanego przez wykonawców. Odwołanie kwestionuje jedynie wysokość właściwej dla części świadczenia (wyposażenia hali sportowej i basenu) stawki podatku VAT, co nie rzutuje na treść zobowiązania wykonawcy, lecz na wysokość ceny żądanej przez niego za wykonanie oferowanego świadczenia.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter wzajemnie zobowiązujący. Świadczenie wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej ma charakter niepieniężny, natomiast zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wynagrodzenia - wskazanej w ofercie ceny – świadczenia o charakterze pieniężnym.

Różnice w ofertach w zakresie stosowanych przez wykonawców stawek podatkowych nie powodują zaofferowania przedmiotu zamówienia odmiennego od oczekiwanego, a przynieść mogą jedynie skutek w postaci zróżnicowania cen ofert ze względu na przyjętą stawkę podatkową.

Błędne zastosowanie stawki podatku od towarów i usług jest zatem indyferentne dla zaistnienia przesłanki zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Niezgodne z przepisami przyjęcie przez wykonawcę stawki podatku od towarów i usług kwalifikowane jest, zgodnie z dominującym poglądem doktryny i orzecznictwa, jako błąd w obliczeniu ceny oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Art. 191 ust. 3 ustawy stanowi, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Zarzut podniesiony w proteście, a kontynuowany w odwołaniu, wskazuje czynność, której zaniechanie zarzuca zamawiającemu odwołujący się, zawiera adekwatne żądanie. Powoływane okoliczności faktyczne i prawne odnoszą się wyłącznie do przyjętej w odniesieniu do części wyposażenia hali sportowej i basenu stawki podatku VAT. Izba rozpatruje odwołanie w granicach zarzutu protestu i błędne przywołanie podstawy prawnej pozostaje bez wpływu, tak na konieczność rozpoznania zarzutu przez Izbę, jak i na zakres rozpoznania. W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (w niniejszej sprawie wybór oferty najkorzystniejszej). Izba uprawniona jest do dokonania, na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych własnej kwalifikacji skarżonych czynności lub zaniechań zamawiającego, subsumpcji podniesionych okoliczności do właściwej normy wynikającej z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała zatem, że zarzut odwołania dotyczy błędu w obliczeniu ceny oferty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w

konsekwencji również naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Rozpoznanie odwołania nastąpiło z uwzględnieniem przywołanych przepisów, co *nota bene* pozostaje bez uszczerbku dla uwzględnienia, w toku oceny zarzutów, postanowień siwz wskazywanych przez odwołującego się .

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że przez sformułowania postanowień umowy narzucił on wykonawcom obowiązek stosowania jednolitej stawki podatku od towarów i usług (stawki VAT). Powoływane na poparcie tej tezy postanowienia § 1 i 4 wzoru umowy nie wyłączają w żaden sposób możliwości zapłaty wynagrodzenia wg zróżnicowanej stawki VAT. Jeśli intencją zamawiającego było wskazane wykonawcom, że właściwa jest jednolita, podstawowa stawka podatku VAT, mógł i powinien dać temu wyraz w postanowieniach siwz. Takie ustalenie poddane by być mogło ocenie wykonawców przed terminem składania ofert w trybie przewidzianym w art. 38 oraz art. 180 ust. 1 *in initio* ustawy i wyeliminowałoby część zarzutów na etapie badania i oceny ofert.

Treść siwz nie uzasadnienia poglądu, że wymagania zamawiającego zastosowania w toku obliczania ceny oferty jednolitej stawki podatku VAT były sformułowane jednoznacznie. W takiej sytuacji uznać należy, że zamawiający nie wyłączył możliwości posłużenia się przez wykonawców zróżnicowanymi stawkami podatku. W myśl postanowień siwz obowiązek ustalenia stawki właściwej spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. Zamawiający zastrzegł, że dokona odrzucenia oferty wyłącznie w razie ustalenia, że stawka podatku od towarów i usług przyjęta została nieprawidłowo.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do formalnego rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia. Jednak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy – jest cena brutto, istotne jest ustalenie, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Zatem ustalenie w konkretnych okolicznościach faktycznych, czy stawkę podatku VAT wykonawca uwzględnił poprawnie w cenie ofertowej (cenie brutto) stanowi *de lege lata* przedmiot rozstrzygnięcia Izby. Ustalenie takie zapada przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych konkretnego przypadku.

Wskazać należy, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradiktoryjny, w czasie którego strony są zobowiązane aż do zamknięcia rozprawy wskazywać dowody dla faktów, z

których wywodzą skutki prawne (art. 188 ust. 1 ustawy). Wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 190 ust. 2 ustawy).

W toku rozprawy tak zamawiający, który twierdził, że cały przedmiot zamówienia opodatkowany jest jednolitą podstawową stawką VAT, jak i odwołujący się, który utrzymywał, że część wyposażenia hali i basenu podlega preferencyjnej 7% stawce, porzucali na złożeniu oświadczeń popartych orzecznictwem. Powoływane wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Sądów Okręgowych i administracyjnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej zapadały w indywidualnych sprawach, a zawarte w nich poglądy prawne, co do możliwości zastosowania jednolitej, bądź zróżnicowanej stawki podatku VAT są rozbieżne. Przepisy ustaw podatkowych, zwłaszcza ustawy o podatku od towarów i usług tworzą system o dużym stopniu złożoności, którego funkcjonowanie opiera się w znacznym stopniu na interpretacjach dokonywanych przez organy podatkowe.

Pomocne przy rozstrzygnięciu mogłyby być zatem interpretacje organów podatkowych, w szczególności interpretacje dokonywane przez dyrektorów izb skarbowych na podstawie art. 14 ustawy Ordynacja podatkowa, wydane w związku z badanym postępowaniem albo w opisanym analogicznym stanie faktycznym – jednak żadna ze stron nie złożyła takiego dokumentu na rozprawie.

W powstałej sytuacji procesowej – braku dowodów (przy czym, stosownie do art. 188 ust. 1 ustawy, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym się domagającym się odrzucenia ofert) – złożenia wyłącznie oświadczeń („oświadczenie za oświadczenie”) Izba uznała, że nie wystąpiły podstawy do nakazywania zamawiającemu ponownej oceny ofert przy przyjęciu, że uznana za najkorzystniejszą oferta Konsorcjum Mostostal, jak i oferty pozostałych wskazanych w treści środków ochrony prawnej wykonawców, zawierają błąd w obliczeniu ceny i występuje konieczność ich odrzucenia stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zamawiający zobowiązał się wprawdzie w siwz, że dokona czynności odrzucenia oferty zawierającej stawkę podatku VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami, jednak czynność odrzucenia winna być dokonana jedynie w sytuacji pewności, że ziszczy się ustawowe przesłanki jej dokonania. Działanie przeciwne naruszałoby prawo.

W badanej sprawie stwierdzić należy, że sporne elementy wyposażenia stanowią wyrób medyczny oraz przynależność w rozumieniu art. 51 k. c.. Nieuprawnione jest jednak twierdzenie, że przesądza to *a priori* konieczność zastosowania w stosunku do nich wyłącznie 7 % stawki VAT, w oderwaniu od pozostałych okoliczności sprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego się opartego na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 21 maja 2009 roku, sygn. akt IX Ga 83/09 (niepubl). Orzeczenie to zapadło w

innym stanie faktycznym, wynikającym zarówno z czynności dokonywanych w postępowaniu (pytań wykonawców o stawki podatkowe, odpowiedzi zamawiającego), oraz z wyników postępowania dowodowego (w związku z wnoszeniem środków ochrony prawnej składane były indywidualne interpretacje podatkowe, które sąd uwzględnił przy wydaniu orzeczenia). Wskazać też należy, że zawarte w interpretacjach i przywoływane w treści uzasadnienia przez sąd okręgowy, poglądy prawne, potwierdzają uwzględnianie przy dokonywaniu przez organy skarbowe interpretacji indywidualnych przepisów podatkowych różnych punktów odniesień (np. klasyfikacje PKWiU, PKOB, cywilistycznej oceny podstawy przedmiotu opodatkowania) oraz indywidualnych okoliczności faktycznych uznanych przez nie za istotne. W tym kontekście na podkreślenie zasługuje fakt, że wchodzące w skład przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego dotyczyło orzeczenie Sądu Okręgowego w Lublinie, zestawy sufitowe jednostek zasilających mikrochirurgicznej i chirurgicznej oraz kolumny anestezyjologiczne miały istotne znaczenie dla całości przedmiotu zamówienia. Stanowiły element wyposażenia bloku operacyjnego, a postępowanie dotyczyło rozbudowy i wyposażenia szpitala (dobudowy bloku operacyjnego oraz dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru).

W niniejszej sprawie zamawiane wyposażenie hali sportowej oraz basenu, a w szczególności te jego elementy, które odwołujący się objął 7% stawka podatku VAT są pozbawione analogicznego znaczenia, a ich udział w ogólnej wartości zamówienia jest znikomy, tak przedmiotowo, jak i co do wartości. Na aprobatę zasługuje, w okolicznościach sporu pogląd, że skoro przedmiot postępowania stanowi wykonanie obiektu budowlanego stanowiącego budynek wraz z instalacjami, urządzeniami technicznymi i wyposażeniem, jest ono jedną gospodarczą całością - robotą budowlaną w myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Prawo budowlane oraz kodeksu cywilnego, a usługą w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług (ustawy o VAT).

Zgodnie z art. 5 § 1 ustawy o VAT czynności opodatkowane podatkiem od towarów i usług są kwalifikowane jedynie jako dostawa, albo usługa. Gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesadzać czynność główna. W konsekwencji objęcie całości przedmiotu zamówienia jednolitą 22% stawką VAT, przewidzianą przez przepisy dla robót budowlanych jest prawidłowe. Powyższe odpowiada wykładni przepisów prawa podatkowego prezentowanej w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pogląd, zgodnie z którym, gdy na przedmiot stanowiący podstawę opodatkowania składa się kilka elementów, z których jeden ma jedynie akcesoryjne znaczenie, to należy uznać go za jedno świadczenie, jedną całość z

ekonomicznego punktu widzenia i jedną czynność podatkową, która nie powinna być dzielona w sposób sztuczny (wyłącznie do celów podatkowych) znalazł swój wyraz nie tylko w przytaczanym w piśmie złożonym przez przystępującego orzecznictwie ETS oraz sądów administracyjnych. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 9 czerwca 2006 roku (sygn. akt. II Ca 642/06, niepubl) wywiódł, że jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter. Konkludując stwierdzić należy, że brak jest podstaw do uznania, że Konsorcjum Mostostal, które złożyło najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, oraz pozostali wykonawcy zastosowali przy obliczeniu ceny oferty nieprawidłową stawkę podatku pod towarów i usług, a ich oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej – naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy. Oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu zostały ocenione na równych zasadach, a różnice w cenach ofert, wybór oferty najkorzystniejszej oraz pozycja odwołującego się w dokonanej przez zamawiającego ocenie ofert, nie wynikają z odmienności zastosowanej stawki podatku od towarów i usług, tym bardziej, że to odwołujący się zastosował niższą, preferencyjną stawkę VAT - 7%.

Istotnie, zamawiający w toku badania ofert złożonych przez wykonawców, a nawet wobec wniesienia protestu, nie podjął działań zmierzających do wyjaśnienia rozbieżności zastosowanych stawek podatku VAT na część wyposażenia hali sportowej i basenu. Zaniechanie zamawiającego pozbawione jest jednak w ustalonym stanie rzeczy wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa w postępowaniu przed Izbą, gdyż § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) uzależnia możliwość zaliczenia do kosztów postępowania wynagrodzenia pełnomocnika od złożenia rachunku, co nie nastąpiło.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....