

Sygn. akt: KIO/150/11

WYROK

z dnia 8 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Paweł Trojan

Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 stycznia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T&R BURDZY” Usługi Budowlane S. C. Ryszard i Tadeusz Burdzy oraz Tadeusz Zarembecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana „WOJTEK” Tadeusz Zarembecki** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Nowogrodzic, ul. Rynek 1, 59-730 Nowogrodzic**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Nowogrodzic, ul. Rynek 1, 59-730 Nowogrodzic i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T&R BURDZY” Usługi**

Budowlane S. C. Ryszard i Tadeusz Burdzy oraz Tadeusz Zarembecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana „WOJTEK” Tadeusz Zarembecki tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **14 360 zł 57 gr.** (słownie: czternaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych pięćdziesiąt siedem groszy) przez **Gminę Nowogrodziec, ul. Rynek 1, 59-730 Nowogrodziec Gminę Chojnice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T&R BURDZY” Usługi Budowlane S. C. Ryszard i Tadeusz Burdzy oraz Tadeusz Zarembecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana „WOJTEK” Tadeusz Zarembecki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Nowogrodzic, ul. Rynek 1, 59-730 Nowogrodzic (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Przebudowę budynku Przedszkola Publicznego w Nowogrodźcu” realizowanego w ramach projektu pn „Współpraca gmin Nowogrodzic i Kónigswartha w zakresie inwestycji i edukacji dla rozwoju dzieci” dofinansowanego przez Unię Europejską ze Środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 grudnia 2010 r., pod numerem 404592-2010.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „T&R BURDZY” Usługi Budowlane S. C. Ryszard i Tadeusz Burdzy oraz Tadeusz Zarembecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana „WOJTEK” Tadeusz Zarembecki (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 26 stycznia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność Zamawiającego, t.j. na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż z uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający na art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż była w niej przyjęta błędnie stawka podatku VAT - w wysokości 23%, zamiast 22%. Z takim stanowiskiem nie zgodził się Odwołujący. Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r.(Dz. U. z dnia 11 września 2001 r.) o cenach stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w

cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Odwołujący dodał, iż wynika z niej ogólnie przyjęta zasada, że kwota, która jest uwzględniana przy wszelkiego rodzaju rozliczeniach pomiędzy kontrahentami, a tym samym w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym, stanowi kwotę brutto. Ustawa ta definiuje pojęcie ceny dla potrzeb przepisów ustawy Pzp. Bezsporne jest, że cena brutto oferty Odwołującego została wyliczona przy uwzględnieniu 23% stawki podatku VAT. Odwołujący zaznaczył, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 sierpnia 2005 r., sygn.. akt IV CK 88/05 stwierdził, że cena „do zapłaty” zawiera w sobie podatek, kształtujący jej wysokość. Nie przesądza to ekonomicznego wyniku transakcji, ponieważ cena netto poza szczególnymi wypadkami (ceny regulowanej) ma charakter umowny i może być dowolnie kształtowana, nawet ze stratą podatnika. Zamawiający odrzucił ofertę ze względu na błędnie przyjętą stawkę VAT. Uznano, że skoro termin do złożenia ofert ustalono na dzień 29 grudnia 2010 r., to Odwołujący powinien zastosować stawkę obowiązującą na dzień składania ofert tj. 22%. Według Odwołującego odrzucenia oferty z w/w powodu nie można dokonać w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Przyjęcie do wyliczenia ceny oferty innej stawki podatku VAT nie stanowi, zdaniem Odwołującego podstawy do uznania iż mamy do czynienia z błędem w wyliczeniu ceny. Stanowisko to potwierdza linia orzecznicza KIO. W wyroku z dnia 7 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1280/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych). Jeżeli intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług nie budzi wątpliwości, to rzeczą Zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią. Podkreślono, że Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli przez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonawcy za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, powołując się na orzecznictwo KIO, iż przepisy prawa nie przyznały Zamawiającemu, ani KIO uprawnienia do rozwiązywania sporów z zakresu prawa podatkowego. Oznacza to, że stawkę podatku od towarów i usług określa podatnik. Ewentualne konsekwencje zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT mogą być oceniane wyłącznie przez organy podatkowe, w drodze postępowania podatkowego, a przepisy te podlegają wyłączonej i

indywidualnej interpretacji Ministra Finansów. Odwołujący dodał, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 629/10 wyraźnie stwierdzono, że błąd w obliczeniu ceny może odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, nieobjęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń itp.), a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT. Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi swoiste przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 ustawy Pzp). Przepisy k.c. nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. Ponadto Odwołujący wskazał orzecznictwo, podkreślając, że w prawie zamówień publicznych nie ma ani jednego przepisu, który wprost nakazywałby odrzucenie oferty, w razie zastosowania przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatkowej (wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1053/10). Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu, gdyż złożyli ofertę z najkorzystniejszą według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert ceną. Gdyby decyzja będąca wynikiem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym pismem z dnia 25 stycznia 2011 r.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w terminie żaden z wykonawców.

Pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie.

Ponadto Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 grudnia 2010 r., pod numerem 404592-2010.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi postanowienia, wskazując iż:

1. Cena oferty jest kwota brutto wymieniona w Formularzu Oferty.
2. Cena oferty jest ceną ryczałtową i wobec tego winna zawierać wszystkie przewidywane koszty wszystkich robót ujętych w przedmiarach robót, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w założeniach zawartych w

specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpływających na cenę wraz z wartością materiałów i urządzeń. Cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie roboty wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, których wykonanie jest konieczne do realizacji kompletnego zamówienia. Oznacza to, że wybrany Wykonawca nie może powoływać się na pominięcia w przedmiarach robót w celu zmiany wysokości wynagrodzenia.

3. Cena oferty powinna uwzględniać wszelkie koszty wykonania zamówienia, w szczególności wymagane podatki, opłaty oraz koszty uzyskania wymaganych przepisami powszechnie obowiązujących certyfikatów, licencji, atestów, zakupu podkładów geodezyjnych i innych dokumentów niezbędnych do eksploatacji przedmiotu zamówienia oraz wymaganych przez obowiązujące przepisy.

4. Wartość Umowy w całości obejmuje wszelkie ryzyko i nieprzewidziane okoliczności przy prowadzeniu Robót, w tym w szczególności wzrost cen materiałów i usług w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, a także wszelkie roboty i wydatki dodatkowe bądź inne, czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione bądź określone w Umowie, czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonywania i ukończenia Robót, albo mogą przypadkiem stać się nieodzowne w celu przewyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed ukończeniem Robót.

Ponadto we wzorze umowy Zamawiający zawarł następujące zapisy:

Strony ustalają że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z wybraną ofertą Wykonawcy w wysokości:

- a) netto: złotych (słownie:) + podatek VAT.
- b) brutto: złotych (słownie:).

2. W przypadku ustawowej zmiany stawki VAT wynagrodzenie należne Wykonawcy podlega,

automatycznej waloryzacji o kwotę VAT wynikającą ze stawki VAT obowiązującej w chwili powstania obowiązku podatkowego. W takim przypadku:

- 1) wysokość wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy ustalana będzie każdorazowo z uwzględnieniem aktualnej stawki VAT obowiązującej na dzień powstania obowiązku podatkowego (wystawienia faktury),
- 2) cena netto wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie ulega zmianie;
- 3) podstawą do ustalenia wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy uwzględniającego aktualną stawkę VAT będą postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Wykonawca oświadcza, że jest płatnikiem VAT i posiada NIP:

4. Zamawiający oświadcza, że posiada NIP: 612-16-36-266.

5. Wykonawca oświadcza, iż poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w Umowie:
a) uwzględnił wszelkie dodatkowe elementy robót nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania Robót,
b) wartość Umowy w całości obejmuje wszelkie ryzyko i nieprzewidziane okoliczności przy prowadzeniu Robót, w tym w szczególności wzrost cen materiałów i usług w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, a także wszelkie roboty i wydatki dodatkowe bądź inne, czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione bądź określone w Umowie, czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonywania i ukończenia robót, albo mogą przypadkiem stać się nieodzowne w celu przewyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed ukończeniem Robót.

Ponadto Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, stawka podatku od towarów i usług nie została wprost określona i narzucona przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, jako wiążąca dla wykonawców. Zamawiający poprzestał na stwierdzeniu w pkt. 22.4. SIWZ, iż *„Cena oferty powinna uwzględniać wszelkie koszty wykonania zamówienia, w szczególności wymagane podatki, opłaty oraz koszty uzyskania wymaganych przepisami powszechnie obowiązujących certyfikatów, licencji, atestów, zakupu podkładów geodezyjnych i innych dokumentów niezbędnych do eksploatacji przedmiotu zamówienia oraz wymaganych przez obowiązujące przepisy”*.

Ponadto Zamawiający również nie wskazał określonej stawki podatku od towarów i usług, którą należało zastosować do obliczenia ceny ofertowej, którą następnie należało podać w ofercie.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w swojej ofercie oświadczył, że cena jego oferty za realizację całości niniejszego przedmiotu zamówienia wynosi netto: 1.222.967,14 zł plus należny podatek VAT.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 29 grudnia 2010 r.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez 12 wykonawców, w tym ofertę złożył również Odwołujący.

Pismem z dnia 30 listopada 2010 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zakład ogólnobudowlany „Rogalski” Artur Rogalski oraz „TERMIX” Technika Grzewcza i Sanitarna Elżbieta Kozioł.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 26 stycznia 2011 r. złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2011 r.

Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców pismem z dnia 25 stycznia 2011 r.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w terminie żaden z wykonawców.

Pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. (które wpłynęło do Izby w dniu 31 stycznia 2011 r.) Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym pismem z dnia 25 stycznia 2011 r., przekazując jednocześnie kopię odwołania.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia w terminie żaden z wykonawców.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na zastosowanie przez tego wykonawcę stawki 23 % podatku od towarów i usług zamiast stawki 22 %. Tym samym odpowiedzi wymaga pytanie czy Zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Następnie skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do zarzutu będącego przedmiotem niniejszego sporu.

Skład orzekający Izby ustalił, iż przedmiotem zamówienia jest „*Przebudowa budynku Przedszkola Publicznego w Nowogrodzcu*”. Izba ustaliła również, że termin realizacji zamówienia został określony w SIWZ na dzień 30 sierpnia 2011 r.

Izba ustaliła, że pkt 22 SIWZ zawierał następujące zapisy:

1. Ceną oferty jest kwota brutto wymieniona w Formularzu Oferty.
2. Cena oferty jest ceną ryczałtową i wobec tego winna zawierać wszystkie przewidywane koszty wszystkich robót ujętych w przedmiarach robót, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w założeniach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpływających na cenę wraz z wartością materiałów i urządzeń. Cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie roboty wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, których wykonanie jest konieczne do realizacji kompletnego zamówienia. Oznacza to, że wybrany Wykonawca nie może powoływać się na pominięcia w przedmiarach robót w celu zmiany wysokości wynagrodzenia.
3. Cena oferty powinna uwzględniać wszelkie koszty wykonania zamówienia, w szczególności wymagane podatki, opłaty oraz koszty uzyskania wymaganych przepisami powszechnie obowiązujących certyfikatów, licencji, atestów, zakupu podkładów geodezyjnych i innych dokumentów niezbędnych do eksploatacji przedmiotu zamówienia oraz wymaganych przez obowiązujące przepisy.
4. Wartość Umowy w całości obejmuje wszelkie ryzyko i nieprzewidziane okoliczności przy prowadzeniu Robót, w tym w szczególności wzrost cen materiałów i usług w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, a także wszelkie roboty i wydatki dodatkowe bądź inne, czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione bądź określone w Umowie, czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonywania i ukończenia Robót, albo mogą przypadkiem stać się nieodzowne w celu przewyższenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed ukończeniem Robót.

Ponadto we wzorze umowy Zamawiający zawarł następujące zapisy:

Strony ustalają że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z wybraną ofertą Wykonawcy w wysokości:

a) netto: złotych (słownie:) + podatek VAT.

b) brutto: złotych (słownie:).

2. W przypadku ustawowej zmiany stawki VAT wynagrodzenie należne Wykonawcy podlega, automatycznej waloryzacji o kwotę VAT wynikającą ze stawki VAT obowiązującej w chwili powstania obowiązku podatkowego. W takim przypadku:

1) wysokość wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy ustalana będzie każdorazowo z uwzględnieniem aktualnej stawki VAT obowiązującej na dzień powstania obowiązku podatkowego (wystawienia faktury),

2) cena netto wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie ulega zmianie;

3) podstawą do ustalenia wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy uwzględniającego aktualną stawkę VAT będą postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Wykonawca oświadcza, że jest płatnikiem VAT i posiada NIP:

4. Zamawiający oświadcza, że posiada NIP: 612-16-36-266.

5. Wykonawca oświadcza, iż poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w Umowie:

a) uwzględnił wszelkie dodatkowe elementy robót nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania Robót,

b) wartość Umowy w całości obejmuje wszelkie ryzyko i nieprzewidziane okoliczności przy prowadzeniu Robót, w tym w szczególności wzrost cen materiałów i usług w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, a także wszelkie roboty i wydatki dodatkowe bądź inne, czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione bądź określone w Umowie, czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonywania i ukończenia robót, albo mogą przypadkiem stać się nieodzowne w celu przewyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed ukończeniem Robót.

Uwzględniając odwołanie Izba wzięła pod rozwagę następujące ustalenia i argumentacje:

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, stawka podatku od towarów i usług nie została wprost określona i narzucona przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, jako wiążąca dla wykonawców. Zamawiający poprzestał na stwierdzeniu w pkt. 22.4. SIWZ, iż „Cena oferty powinna uwzględniać wszelkie koszty wykonania zamówienia, w szczególności wymagane podatki, opłaty oraz koszty uzyskania wymaganych przepisami powszechnie obowiązujących certyfikatów, licencji, atestów, zakupu podkładów geodezyjnych i innych

dokumentów niezbędnych do eksploatacji przedmiotu zamówienia oraz wymaganych przez obowiązujące przepisy”.

Zamawiający również nie wskazał określonej stawki podatku od towarów i usług, którą należało zastosować do obliczenia ceny ofertowej, którą następnie należało podać w ofercie.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że cena jego oferty za realizację całości niniejszego przedmiotu zamówienia wynosi netto: 1.222.967,14 zł plus należny podatek VAT.

Izba zauważyła, że zmiana podstawowej stawki podatku od towarów i usług określonej w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) z 22% na 23% nastąpiła w oparciu o art. 19 pkt 5 ustawy z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578)., zaś ogłoszenie ustawy wprowadzającej od 1 stycznia 2011 r. zmiany stawek podatku VAT nastąpiło w dniu 17 grudnia 2010 r. (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578).

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2765/10, iż co do zasady przy ustalaniu ceny ofertowej zastosowanie mają przepisy podatkowe obowiązujące w dniu składania ofert, jednakże okoliczności faktyczne niniejszej sprawy przemawiają za tym, aby uznać iż wykonawca w świetle zapisu pkt 22 SIWZ uprawniony był do wskazania ceny ofertowej w oparciu o przepisy podatkowe na dzień realizacji zamówienia.

Wykonawca w świetle postanowień SIWZ miał obowiązek uwzględnić wszelkie ryzyko oraz nieprzewidziane okoliczności przy realizacji zamówienia. Izba w tym zakresie wzięła pod rozwagę argumentację Odwołującego, wskazującego, iż: *„Jeżeli intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy skalkulowali cenę uwzględniając stawkę podatku VAT na dzień składania ofert to powyższa informacja powinna zostać wskazana jednoznacznie w SIWZ czego Zamawiający nie uczynił”.* Ponadto *„Odwołujący zobowiązany był uwzględnić wszystkie koszty, w tym także ryzyko, wskazując, iż uwzględnił on w swojej ofercie stawkę VAT w wysokości 23% i w świetle zapisów SIWZ prawidłowo wyliczył cenę oferty”.*

Zdaniem Izby swoboda wykonawcy w kalkulowaniu ryzyka gospodarczego może dotyczyć również zmian należności podatkowych, w szczególności w sytuacji gdy Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ sposobu kalkulacji ceny ofertowej jak również nie zawarł zapisów dotyczących podatku od towarów i usług. Daje to wykonawcy uprawnienie do takiego skalkulowania ceny ofertowej aby uwzględnić planowane zmiany przepisów

podatkowych i tym samym uprawnia wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do określenia ceny ofertowej z uwzględnieniem podatku w wysokości zgodnej z przepisami podatkowymi z chwili powstania obowiązku podatkowego, tj. spełnienia świadczenia – nawet w przypadku jeżeli zmiany te znajdują się na etapie prac legislacyjnych (wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2765/10).

Ponadto odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na zastosowanie przez tego wykonawcę stawki 23 % byłoby niesłuszne i niecelowe, biorąc pod rozwagę § 1 wzoru umowy, który zakładał, iż w przypadku ustawowej zmiany stawki VAT wynagrodzenie należne wykonawcy podlega, automatycznej waloryzacji o kwotę VAT wynikającą ze stawki VAT obowiązującej w chwili powstania obowiązku podatkowego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na fakt, iż wykonawca ten ustalając cenę oferty określił wartość podatku od towarów i usług w oparciu o stawkę tego podatku wynoszącą 23%.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu wskazanego powyżej, t.j. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości określonej na podstawie § 3 pkt 2 a) i b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....