

Sygn. akt KIO/UZP 918/09

**WYROK**  
**z dnia 29 lipca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Anna Majstrowicz**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Andrzej Jankowski, Mirosława Jankowska, Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych PERBUDMIX Sp. J., Zakład Pracy Chronionej, ul. Zegadłowicza 8/103, 41-200 Sosnowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Budynków Mieszkalnych Sp. z o.o., ul. Krakowska 16, 42-500 Będzin** protestu z dnia 10 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Andrzej Jankowski, Mirosława Jankowska, Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych PERBUDMIX Sp. J., Zakład Pracy Chronionej, ul. Zegadłowicza 8/103, 41-200 Sosnowiec**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Andrzej Jankowski, Mirosława Jankowska, Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych PERBUDMIX Sp. J., Zakład Pracy Chronionej, ul. Zegadłowicza 8/103, 41-200 Sosnowiec,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Andrzej Jankowski, Mirosława Jankowska, Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych PERBUDMIX Sp. J., Zakład Pracy Chronionej, ul. Zegadłowicza 8/103, 41-200 Sosnowiec.**

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

Odwołujący - Andrzej Jankowski, Mirosława Jankowska, Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych PERBUDMIX Sp. J., Zakład Pracy Chronionej z siedzibą w Sosnowcu, wniósł w dniu 24 czerwca 2009 r. odwołanie od rozstrzygnięcia dokonanego pismem z dnia 17 czerwca 2009 r., doręczonym odwołującemu w dniu 19 czerwca 2009 r., przez zamawiającego - Miejski Zakład Budynków Mieszkalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, protestu wniesionego w dniu 10 czerwca 2009 r.

Postępowanie dotyczy robót budowlanych pod nazwą „Docieplenie ścian szczytowych i elewacji wschodniej z częściową wymianą stolarki okiennej i drzwiowej wraz z remontem dachu i wymianą instalacji odgromowej. Lokalizacja: budynek mieszkalny przy ul. Żwirki i Wigury 32a w Będzinie.”

W odwołaniu podał, mieszczące się w granicach protestu, zarzuty:

naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, przez:

- odrzucenie oferty odwołującego bez podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających jej odrzucenie oraz

- brak odrzucenia innych ofert, w tym wybranej jako najkorzystniejsza, mimo wystąpienia przesłanek prawnych i faktycznych.

W uzasadnieniu odwołujący podał.

I. Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty odwołującego, gdyż oferta ta nie podlega odrzuceniu.

Podstawą odrzucenia oferty, w ocenie zamawiającego, był fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie siwz, gdyż zamawiający określił w formularzu ofertowym stawkę podatku VAT w wysokości 7% (budynek mieszkalny), a odwołujący w formularzu ofertowym zamieścił stawkę podatku VAT w wysokości 7% i 22%.

Ponadto, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz, dotyczącej wysokości stawki podatku VAT, określonej przez zamawiającego, mimo że miał taką możliwość na mocy art. 38 ust. 1 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że formularz ofertowy, będący załącznikiem do siwz, był jedynie wzorem do wypełnienia/przepisania przez wykonawców. Świadczy o tym postanowienie zamieszczone przez zamawiającego w punkcie 6.2 siwz o treści „wypełniony czytelnie formularz ofertowy na druku lub według druku...”. Sformułowanie zawarte w tym punkcie „według druku” oznacza, że złożenie formularza ofertowego nie na wypełnionym druku, lecz na dokumencie przygotowanym według tego druku, tj. na dokumencie biorącym wzór z formularza przygotowanego przez zamawiającego, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zatem, decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego nie ma podstaw prawnych i faktycznych, a więc jest bezprawna.

W oddaleniu protestu zamawiający uzasadnił rozstrzygnięcie w tym punkcie twierdząc, że zgadza się z twierdzeniem, że oferta może być przygotowana według druku formularza ofertowego, odwołujący nie może jednak dokonać modyfikacji formularza. Odwołujący nie zgodził się jednak ze stwierdzeniem zamawiającego, że dowolnie zmienił przygotowany przez zamawiającego formularz. Zamawiający dopuścił taką zmianę pod warunkiem, że dokument biorący wzór z formularza ofertowego jest dokładnym odwzorowaniem treści druku formularza ofertowego przygotowanego przez zamawiającego, a nie dowolną jego modyfikacją.

Odwołujący uznał, że miał do tego pełne prawo, a nawet obowiązek, gdyż:

- 1) można uznać siwz, w tym wzór formularza ofertowego, za quasi akt prawny i należy wykorzystać zasadę prawną *lex superior derogat legi inferiori*,
- 2) zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, do którego wprost odsyła art. 14 Pzp „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż

na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.",

- 3) nie można odwołującemu stawiać zarzutu nieskorzystania z prawa zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz, gdyż:
- a) jest to prawo, a nie obowiązek wykonawcy,
  - b) Pzp nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty, w przypadku gdy wykonawca nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz,
  - c) treść siwz przygotowanej przez zamawiającego nie budziła i nadal nie budzi wątpliwości odwołującego. Zamawiający w punkcie 10.8 siwz określił, że „przynależny podatek VAT (budynek mieszkalny VAT = 7%) Wykonawca doliczy do wartości kosztorysu...”. Określając w ten sposób zasadę dotyczącą doliczenia podatku VAT, zamawiający jednoznacznie zażądał, by podatek ten został doliczony do wartości kosztorysu (ceny oferty). Słusznie zwrócił uwagę, że na roboty budowlane dotyczące budynku mieszkalnego obowiązuje inna, niż podstawowa stawka podatku VAT. Zamawiający postąpił zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zwracając uwagę na zastosowanie obniżonej stawki podatku dla robót związanych z budynkiem mieszkalnym, a podstawowej stawki, w wysokości 22%, dla innych robót. Ponadto zamawiający postąpił dokładnie tak, jak ustawodawca stanowiąc, że podstawowa stawka podatku VAT 22% jest zawsze stosowana (bez dokładnego wyszczególnienia), a obniżona stawka 7%, tylko i wyłącznie w przypadkach wskazanych w przepisie - ustawie i odpowiednio siwz.
  - d) obowiązek określenia wysokości stawki podatku VAT ciąży na wystawcy faktury (odwołującym),
  - e) bezdyskusyjnym i poza sporem jest fakt, że dla robót budowlanych związanych z budownictwem mieszkaniowym obowiązującą jest stawka podatkowa w wysokości 7%, a dla robót związanych z infrastrukturą towarzyszącą temu budownictwu, czyli instalacje, przyłącza, dojścia, dojazdy, chodniki (w przedmiotowym postępowaniu roboty wskazane w pozycjach 104 do 110 przedmiaru, a dotyczące wykonania chodników okapowych) obowiązującą jest podstawowa stawka podatkowa w wysokości 22%.

Odnosząc się do tych kwestii, zamawiający stwierdził w oddaleniu protestu, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego nie był brak zwrócenia się o wyjaśnienie treści siwz. Jednak zamawiający nadal podkreślił, iż odwołujący mógł zwrócić się do niego o wyjaśnienie.

Odwołujący podtrzymał stanowisko, że nie można z tego braku czynić zarzutu, a ponadto można uczynić zarzut zamawiającemu, że w toku badania i oceny ofert nie skorzystał z możliwości wyjaśnienia treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

W kwestii podstaw prawnych naliczenia podatku VAT, zamawiający sam przyznał w oddaleniu protestu, że obowiązek określenia wysokości podatku VAT ciąży na wystawcy faktury (oddalenie protestu str. 5, pkt 2d zdanie pierwsze i drugie).

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp stanowi bowiem prawo zamawiającego, lecz w pewnych przypadkach brak skorzystania z tego prawa, może stać się podstawą do postawienia zarzutu. W razie określenia stawki podatku VAT w wysokości innej, niż żądał zamawiający, uznając odpowiedzialność wystawcy faktury za określenie wysokości podatku, zamawiający zobowiązany był do zwrócenia się do tegoż wykonawcy, w tym przypadku odwołującego o wskazanie podstawy prawnej zastosowania podanej w ofercie stawki podatku VAT.

W kwestii prawidłowości naliczenia podatku VAT, zamawiający twierdził, iż prawidłową stawką dla całości robót objętej zamówieniem jest obniżona stawka 7%. Odwołujący podał, że to wystawca faktury, a nie jej odbiorca, jest odpowiedzialny za prawidłowe naliczenie podatku i wyjaśnił.

Do dnia 31 grudnia 2007r. obowiązywał przepis ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług pozwalający naliczać VAT 7% do robót budowlanych związanych z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu.

Od dnia 1 stycznia 2008 r. przepis ten przestał obowiązywać i te roboty objęte są stawką podstawową, tj. 22%.

Po tej dacie wielu zamawiających zwracało uwagę w specyfikacjach, aby do robót dotyczących infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu stosować podstawową stawkę podatku VAT (22%).

Jako przykład odwołujący podał specyfikację z pierwszej połowy 2008r., w której zamawiający (autor siwz) zwrócił uwagę, że w związku ze zmianą ustawy o podatku od towarów i usług, dla robót dotyczących opaski drenażowej, należy przyjąć podstawową stawkę podatku VAT (22%).

Jako przykład stosowania podstawowej stawki VAT, odwołujący wskazał otwarcie ofert, które miało miejsce tydzień później, niż u zamawiającego, gdzie wykonawcami byli wykonawcy, którzy również złożyli oferty tym postępowaniu. Tamten zamawiający nie podał sztywnej 7% stawki podatku VAT w formularzu ofertowym i wszyscy wykonawcy wycenili roboty w budynku mieszkalnym z VAT 7%, a roboty dotyczące opaski wokół budynku z VAT 22%.

W celu potwierdzenia tej tezy odwołujący zwrócił uwagę na opinię wydaną przez Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego w Lublinie w sprawie dotyczącej innej ustawy, lecz dotyczącej rozumienia pojęcia "remontu budynku mieszkalnego":

Sygnatura: P-I/415-32/04, data: 2004-12-16, autor: Drugi Urząd Skarbowy w Lublinie.

Z przedstawionego stanu faktycznego wynika, że poniesione w 2004 r. wydatki na zakup kostki betonowej, która została położona wokół budynku mieszkalnego i stanowi opaskę odwadniającą w pojęciu remontu i modernizacji budynku mieszkalnego, mimo, że może spełniać pewną rolę w zakresie stałego odwodnienia budynku, nie stanowi części składowej tego budynku. Z tych wszystkich względów należy uznać, że wydatki poniesione na nabycie i ułożenie kostki brukowej, nie mieszczą się w pojęciu wydatków na remont i modernizację budynku mieszkalnego i nie mogą być odliczone od podatku na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 12 listopada 2003 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003r. Nr 202, poz. 1956).

Organ zaznaczył, że przedstawiona informacja jest aktualna na dzień jej wydania, do czasu zmiany stanu prawnego (przepisów podatkowych) lub stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskodawcę.

Naczelnicy Urzędów Skarbowych odnoszą się następująco do kwestii opasek wokół budynków: "Kostka brukowa ułożona wokół budynku mimo, że może spełniać pewną rolę w zakresie stałego odwodnienia budynku, nie stanowi części składowej tego budynku.

Odwołujący przedstawił odpowiedzi z jednej ze stron internetowych, zajmujących się tematyką podatkową i udzielającą wyjaśnień i porad w tym temacie:

"Tytuł: Stawka VA T na roboty budowlane.

Pytanie: Jaką stawką VAT należy opodatkować roboty budowlane polegające na położeniu kostki brukowej wokół budynku będącego domem opieki społecznej?

Odpowiedź nr 20242: Właściwa będzie stawka 22%. Jest to bowiem infrastruktura towarzysząca - a nie obiekt budowlany. Według nieobowiązującej już definicji infrastruktury towarzyszącej obejmowała ona m. in. urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i małą architekturę."

"Tytuł: Stawka VAT na układanie kostki na osiedlach mieszkaniowych w 2008 r.

Pytanie: Stawka VAT na układanie kostki na osiedlach mieszkaniowych w 2008 roku? Jaka ma być - stawka 22% czy 7%, rozporządzenie ministra z 24 grudnia 2007 r. nie mówi nic o tym. Odpowiedź nr 15790: Zdaniem redakcji właściwym będzie zastosowanie w takim przypadku stawki VAT 22%. Nie ma podstawy, by rozporządzenie z 24 grudnia 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług objęło swoją mocą infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu poprzez zwrot "robót dotyczących budownictwa mieszkaniowego, konieczne jest zatem zastosowanie stawki VAT 22%."

Zdaniem odwołującego, w szczególności, nie może stanowić o wysokości stawki podatku VAT, jak sugeruje to zamawiający, szerokość chodnika. Tak rozumiana definicja

prowadziłaby do nadużyć i obejścia ustawy o VAT, gdyż w przypadku układania chodnika węższego niż 1,5 m wykonawcy mogliby stosować obniżoną stawkę podatku VAT.

II. Oferty pozostałych wykonawców podlegają odrzuceniu:

W świetle przytoczonych wyżej argumentów, tylko odwołujący dokonał wyceny zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zatem, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia pozostałych ofert, gdyż zawierają one błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) lub też są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów wynikających z ustawy o VAT (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp). Zamawiający oddalając protest w tej części wyraził jedynie przekonanie, że pozostali wykonawcy, to firmy z doświadczeniem, znające przepisy podatkowe. Zamawiający jednak nie zwrócił się również do nich z prośbą o wyjaśnienia treści ofert (zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp) w kwestii podstaw prawnych naliczenia podatku VAT, a ci sami wykonawcy, o czym mowa wyżej, w kolejnym postępowaniu u innego zamawiającego wycenili roboty tak, jak odwołujący w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, podczas której nastąpi odrzucenie pozostałych ofert i uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, stosownie do jego wyniku, uznając za uzasadnione koszty przedstawione przez odwołującego.

Zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu podał.

Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), czego dowodem jest przygotowanie formularza ofertowego z wpisaną stawką podatku VAT 7%. Z uwagi na brak jednoznacznej wykładni, jakie elementy usług, czy robót budowlanych wykonywane na zewnątrz budynku mieszczą się w ogólnej definicji "infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu", a jakie mieszczą się jeszcze w definicji budynku mieszkalnego stałego zamieszkania sklasyfikowanego w PKOB w dziale 11, zamawiający mimo, iż nie miał takiego obowiązku wprowadził do formularza ofertowego jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 7% uznając, że wszystkie pozycje przedmiaru

robót określone w załączniku nr 1 do siwz, dotyczą termomodernizacji budynku mieszkalnego i są integralnie związane z budynkiem, a nie z infrastrukturą towarzyszącą.

Opaska przy ścianie szczytowej budynku, nazwana również przez zamawiającego "chodnikiem okapowym", nie jest elementem infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, stanowi natomiast integralną część zadania pn. "Docieplenie ścian szczytowych i elewacji wschodniej..." jako, że konieczność jej wykonania wynika wprost z konieczności robót termomodernizacyjnych budynku. Wykonana w sposób prawidłowy, tj. z odpowiednim spadkiem, spełnia istotną rolę jako element umożliwiający odprowadzenie wód deszczowych od budynku, zabezpiecza również przed zanieczyszczeniem nowo wykonany tynk elewacji, przed rozbryzgami zanieczyszczonej ziemią (w przypadku braku opaski) deszczówki.

Pod pojęciem "infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu" mieszczą się m.in.: sieci rozprowadzające (wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych), urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego (w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i mała architektura), urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe.

Przedmiotowa opaska (wprawdzie wykonywana na zewnątrz budynku) nie jest drogą, dojściem ani dojazdem, nie spełnia bowiem ze względu na swą szerokość (0,5 m) nawet kryteriów określonych dla dojść, których zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z dnia 15 czerwca 2002 r.) szerokość powinna wynosić min. 1,5 m.

Przy założeniu, że warstwa docieplenia z wyprawą elewacyjną to 12+14 cm, szerokość opaski będzie wynosiła 38+36 cm. Jako, że funkcja opaski sprowadza się w zasadzie do zabezpieczenia budynku przed skutkami opadów atmosferycznych i odprowadzenia ich na zewnątrz budynku, zamawiający, po konsultacji telefonicznej dokonanej na etapie sporządzania kosztorysu inwestorskiego i określenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z Urzędem Skarbowym uznał, że przedmiotowa opaska spełnia funkcję gajgerów, dla których stawka podatku VAT wynosi 7% mimo, że usytuowane są na zewnątrz budynku.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że nie miał podstaw prawnych ani faktycznych uznać oferty złożonej przez firmę "EFEKT" Sp. z o.o. za ofertę najkorzystniejszą (art. 7 ust. 3 ustawy). Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp i wymogami określonymi w siwz.



Wybrana oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i spełnia wszystkie wymogi określone w siwz.

1. Z treści wniesionego protestu wynika również, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8 Pzp przez:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 2) nie odrzucenie ofert pozostałych siedmiu wykonawców, którzy zastosowali stawkę podatku VAT w wys. 7%, zawierających, zdaniem odwołującego, błędy w obliczeniu ceny,
- 3) uznanie, że oferty pozostałych siedmiu wykonawców podlegają odrzuceniu, jako nieważne.

Zamawiający podał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem odwołujący zmienił treść formularza ofertowego stosując stawkę podatku VAT w wysokości 7% i 22%, a zamawiający określił stawkę podatku VAT 7%.

Odwołujący, stosując własną interpretację siwz stwierdził, że formularz ofertowy, będący załącznikiem do specyfikacji był jedynie wzorem do wypełnienia/przepisania przez wykonawców.

Zdaniem odwołującego, sformułowanie zawarte w punkcie 6.2. siwz „wypełniony czytelnie formularz ofertowy na druku lub według druku” oznacza, że złożenie formularza ofertowego nie na wypełnionym druku lecz na dokumencie przygotowanym według tego druku, tj. na dokumencie biorącym wzór z formularza przygotowanego przez zamawiającego nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Zamawiający zgodził się z tym stwierdzeniem, pod warunkiem, że dokument biorący wzór z formularza ofertowego jest dokładnym odwzorowaniem treści formularza ofertowego przygotowanego przez zamawiającego, a nie dowolną jego modyfikacją.

Formularz ofertowy nie był i nie jest jedynie załącznikiem do siwz, ale stanowi jej integralną część w takim samym stopniu jak i pozostałe załączniki, tj. wzór umowy, oświadczenia, wzory druków do wypełnienia, itp.

Zdaniem odwołującego, gdyby formularz ofertowy wypełniony był „na druku”, stawka podatku VAT wynosiłaby 7%, a ponieważ wypełniony został „wg druku”, wykonawca mógł go dowolnie modyfikować.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zmiana treści któregośkolwiek z załączników do siwz, a jak stwierdzono powyżej stanowią one jej integralną część, jest zmianą jej treści i działania takie skutkują odrzuceniem oferty.

W świetle powyższego uzasadnienia, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako sprzecznej z siwz, jest bezzasadny.

2.a. Zamawiający, w piśmie informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty i równocześnie o odrzuceniu oferty odwołującego, które doręczono w dniu 4 czerwca 2009 r., nie stawiał zarzutu nieskorzystania z prawa zwrócenia się do zamawiającego.

2.b. Pzp, rzeczywiście nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty, w przypadku gdy wykonawca nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz i nie taki był powód odrzucenia oferty odwołującego. Powodem odrzucenia oferty była zmiana treści formularza ofertowego, czyli warunków zamówienia co zostało wyjaśnione.

2.c. Zamawiający rzeczywiście w sposób bardzo przejrzysty odniósł się w punkcie 10.8 siwz do kwestii naliczenia podatku VAT, stwierdzając, że „przynależny podatek VAT (budynek mieszkalny VAT=7%) Wykonawca doliczy do wartości kosztorysu.” Podając w sposób tak wyraźny konieczność stosowania obniżonej stawki podatku VAT i w pkt 10.8 siwz i w formularzu ofertowym, określając ponadto, że jest to budynek mieszkalny i cały zakres robót dotyczy budynku mieszkalnego, a nie infrastruktury towarzyszącej, zamawiający dał wyraz zachowania zasady uczciwej konkurencji dla wszystkich wykonawców wobec braku jednoznacznej wykładni jakie elementy usług, czy robót budowlanych wykonywane na zewnątrz budynku mieszczą się w ogólnej definicji „infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu”. Zamawiający stwierdził, że w prowadzonym postępowaniu nie ma „innych robót” opodatkowanych stawką podstawową VAT 22%. Opaska przy budynku, zwana również przez zamawiającego „chodnikiem okapowym” nie jest „inną robotą”, jak określił odwołujący, jest natomiast integralną częścią przedmiotu zamówienia dotyczącego budynku mieszkalnego.

2.d. obowiązek określenia wysokości stawki podatku VAT ciąży na wystawcy faktury. Zamawiający zgodził się z tym stwierdzeniem w zupełności. Znamiennym natomiast jest fakt, że na 8 złożonych ofert w postępowaniu tylko oferta odwołującego zawiera cenę z podatkiem 7% i 22%, pozostałe oferty zawierają cenę z podatkiem VAT w wysokości 7%. Z dokumentów złożonych przez wykonawców wynika, że są to firmy z wieloletnim doświadczeniem i w domniemaniu zamawiającego znające przepisy podatkowe, mające również świadomość obowiązku wystawienia faktury z prawidłowo naliczonym podatkiem VAT.

2.e. Zamawiający wielokrotnie w rozstrzygnięciu protestu odnosił się do faktu jaki element w postępowaniu stanowi opaska zwana również „chodnikiem okapowym”.

Zdaniem zamawiającego, o kwalifikacji elementu robót decyduje rola jaką spełnia on dla funkcji budynku, a nie jego nazwa. Roboty związane z instalacją odgromową (piorunochronną), np. pozycje nr 81 - wykopy, nr 83 - zasypanie wykopów, poz. 96 - łączenie pręta w wykopie przedmiaru robót (zał. nr 1 do siwz) wykonywane są na zewnątrz budynku, a mimo to nie stanowią infrastruktury.

Odwołujący stwierdził, że oferty pozostałych wykonawców podlegają odrzuceniu, gdyż w świetle przytoczonych w proteście argumentów, tylko odwołujący dokonał wyceny zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia pozostałych ofert, gdyż zawierają one błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) lub też są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów wynikających z ustawy o VAT (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Zgodnie z ustawą o VAT, 7% stawkę podatku od towarów i usług od dnia 1 stycznia 2008 r. stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, w tym także obiektów budownictwa mieszkaniowego. Przedmiotowa opaska przy ścianie szczytowej budynku, zwana również przez zamawiającego „chodnikiem okapowym” dotyczy i jest ściśle związana z termomodernizacją budynku stałego zamieszkania sklasyfikowanego w PKOB 11, nie jest związana z remontem infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu i jako taka, zdaniem zamawiającego podlega opodatkowaniu 7% stawką podatku VAT, a zatem brak jest podstaw do odrzucenia pozostałych ofert i uznania oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Skoro odwołujący posiadał wiedzę na temat konieczności zastosowania podatku VAT w wysokości 22% w odniesieniu do opaski zwanej również „chodnikiem okapowym”, zdanie zamawiającego, miał prawo:

- 1) na mocy art. 180 ust. 1 Pzp - wnieść protest wobec treści postanowień siwz,
- 2) na mocy art. 38 ust. 1 Pzp zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz.

W świetle powyższego, zarzut naruszenia Pzp przez uznanie pozostałych ofert jako ważne i nie podlegające odrzuceniu z uwagi na naliczony podatek VAT w wysokości 7%, jest bezzasadny.

**Na podstawie dowodów przeprowadzonych podczas rozprawy, w tym oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego wraz z ofertami oraz wyjaśnień odwołującego, jego pełnomocnika i pełnomocnika zamawiającego, KIO ustaliła i zważyła, co następuje.**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie – roboty budowlane - zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28.04.2009 r. poz. 124232.

Wartość zamówienia wynosi 380 865,85 zł, co stanowi równowartość 98 235,00 euro. Odwołanie dotyczy więc postępowania o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zakres rozpoznania odwołania ograniczony jest przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, a więc wyłącznie do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący jest jednym z ośmiu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, przy czym jedynie odwołujący podał w ofercie stawkę podatku VAT dla robót budowlanych polegających na wykonaniu opaski (chodnika okapowego), jako stawkę 22%, pozostali wykonawcy podali 7% stawki podatku.

Zamawiający odrzucił pięć ofert w postępowaniu, jednego wykonawcę z tej liczby uprzednio wykluczył ze skutkiem odrzucenia jego oferty. Oceniał merytorycznie pozostałe trzy oferty. Kryteriami oceny ofert są: cena o znaczeniu 96% i termin realizacji robót o znaczeniu 4%. Cena oferty najkorzystniejszej złożonej przez „EFEKT” Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich wynosi 324 035,64 zł, cena oferty odwołującego wynosi 374 686,69 zł, różnica w cenach ofert wynosi 50 651,05 zł.

Cena oferty odwołującego stanowi najwyższą cenę spośród wszystkich cen zawartych w ośmiu ofertach, które zostały złożone w postępowaniu, jednocześnie wskazuje termin wykonania zamówienia, jako termin wynoszący 100 dni, a więc najdłuższy termin spośród podanych przez innych wykonawców (pięciu wykonawców, w tym odwołujący, zaoferowało termin 100 dni, pozostali wykonawcy zaoferowali terminy - 95, 70 i 29 dni).

Biorąc pod uwagę powyższe, przy uwzględnieniu wskazanych kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego uzyskałaby najniższą punktację w zakresie ceny oferty i terminu wykonania zamówienia. Zatem, w ocenie KIO, odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc protest i odwołanie, gdyż nawet w przypadku udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, odwołujący nie ma realnych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, przy uwzględnieniu nawet tylko trzech ofert, które były dotychczas oceniane merytorycznie. Oferta odwołującego, po ewentualnym przywróceniu jej do postępowania, uzyskałaby ostatnią, czwartą pozycję w zakresie punktacji, niezależnie od wielkości kwot wynikających z zastosowanej przez pozostałych wykonawców stawki 7% VAT, w zakresie wykonania opaski (chodnika okapowego).

Ewentualne różnice wynikające z zastosowania przez odwołującego stawki podatku VAT 22% dla robót dotyczących wykonania opaski (chodnika okapowego), zamiast stawki 7%, jak żądał zamawiający, nie mają żadnego znaczenia, gdyż stanowiłyby niewielką korzyść na rzecz odwołującego, w granicach zaledwie do 150 zł., w sytuacji, gdy różnica w cenie w stosunku do oferty najkorzystniejszej stanowi, jak podano wyżej, kwotę 50 651,05 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu, jak podał, podtrzymując stanowisko na rozprawie, „zmiany treści formularza ofertowego, czyli warunków zamówienia”, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz, bowiem odwołujący zmienił treść formularza ofertowego stosując stawkę podatku VAT w wysokości 7% i 22%, a zamawiający określił stawkę podatku VAT 7%.

W tym przypadku nie chodzi o niezgodność treści oferty z treścią siwz, jak ustaliła KIO, bowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty w razie niezgodności jej treści z treścią siwz, nie dotyczy formalnej niezgodności, sprowadzającej się do ustalenia, czy formularz ofertowy sporządzono przez wypełnienie druku zamawiającego, czy na dokumencie według tego druku, czy wreszcie na dokumencie biorącym wzór z formularza ofertowego przez jego dokładne odwzorowanie, jak określił zamawiający.

Odrzucenie oferty na podstawie wskazanego przepisu może nastąpić w przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie merytorycznym, co oznacza m.in. niezgodność w zakresie przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp.

Niezgodność, którą wskazał zamawiający, może sprowadzać się do, co najwyżej, błędu w sposobie obliczenia ceny oferty, bowiem, istotnie, odwołujący nie zastosował się do postanowień siwz pkt 10.8 i załącznika nr 2 do siwz, gdzie zamawiający jednoznacznie żądał zastosowania przez wykonawców wyłącznie stawki podatku VAT 7% do całości zamówienia. Tymczasem odwołujący zastosował stawkę 7% VAT w stosunku do wszystkich robót, za wyjątkiem robót polegających na wykonaniu opaski (chodnika okapowego) wokół budynku, do których zastosował stawkę 22%, co stanowi kwotę 207,40 zł.

W ocenie KIO, błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w siwz, ale przede wszystkim, błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, regulujących sposób obliczania ceny dostaw, usług, czy robót budowlanych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach oraz inne przepisy prawa materialnego).

Przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) w art. 41 ust. 2 stanowią, że dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku VAT wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 ustawy. Z art. 41 ust. 12 ustawy wynika, że od dnia 1 stycznia 2008 r. stawkę podatku w wysokości 7% (o której mowa w ust. 2) stosuje się również do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Przepisy ustawy o VAT nie definiują pojęć mających swoje źródło, np. w ustawie Prawo budowlane.

Z uwagi na brak jednoznacznej wykładni, jakie elementy usług, czy robót budowlanych wykonywane na zewnątrz budynku, mieszczą się w ogólnej definicji „infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu”, a jakie mieszczą się jeszcze w definicji budynku mieszkalnego stałego zamieszkania sklasyfikowanego w PKOB w dziale 11, zamawiający podejmując ryzyko przypisania robót budowlanych do konkretnych stawek podatku VAT, wprowadził w siwz wymóg zastosowania jednolitej stawki podatku VAT 7% do wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia.

W sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę zawierającą 22% podatek VAT w odniesieniu do wykonania opaski (chodnika okapowego), zamawiający zanim odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, powinien był wyjaśnić przyczyny zastosowania przez odwołującego wskazanej stawki VAT (art. 87 ust. 1 Pzp), chociażby z tego względu, by ustalić czy nie zachodzi konieczność zastosowania przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (co pojawia się w orzecznictwie sądowym), czy też właściwie zakwalifikować czynność ewentualnego odrzucenia oferty.

Na rozprawie odwołujący złożył dowód uzyskany w drodze odpowiedniej procedury, z dnia 9 lipca 2009 r., wydany na podstawie przepisów art. 14b § 1 i 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.) w postaci interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, działającego w imieniu Ministra Finansów, odnoszącej się do stanu faktycznego będącego przedmiotem rozpoznanego odwołania.

Czynności związane z uzyskaniem interpretacji, odwołujący podjął w dniu 20 maja 2009 r. składając wniosek o wydanie interpretacji, więc w niezbyt odległym czasie po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu w BZP w dniu 28.04.2000 r.

Przedmiotowa interpretacja potwierdza, jako prawidłowe stanowisko odwołującego, w myśl którego robota budowlana polegająca na wykonaniu chodnika okapowego wokół budynku mieszkalnego (opaska wokół budynku mieszkalnego) podlega opodatkowaniu podatkiem VAT z zastosowaniem 22 % stawki, pod warunkiem, że nie jest to element trwale związany z budynkiem.

Z kolei zamawiający powołał się na interpretacje indywidualne - Naczelnika Urzędu Skarbowego w Wadowicach z dnia 5.07.2006 r., w której zdefiniowano pojęcie opaski, jak również inną - Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 19.12.2008 r., w której stwierdzono podobieństwo opaski przy ścianie szczytowej budynku, zabezpieczającej budynek przed skutkami opadów atmosferycznych, do kategorii gajgerów, ściśle i integralnie związanych z obiektem budowlanym zaliczonym do PKOB 11.

Obie interpretacje wydane zostały dla stanów faktycznych opisanych przez innych wnioskodawców, zwracających się o wydanie interpretacji i zostały załączone do pisma z dnia 21.07.2009 r., złożonego przez zamawiającego na posiedzeniu Izby.

Zatem, powyższe interpretacje, przedłożone przez strony na posiedzeniu i rozprawie, wskazują na zależność stawki podatku VAT (7% czy 22%) od uznania czy opaska stanowi element trwale związany z budynkiem czy odrębny.

Ustalenie tej okoliczności nie należy do kompetencji organów podatkowych, lecz uzależnione jest, w przypadku zamówienia publicznego, od opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez zamawiającego.

KIO uznała, że wobec tak znacznie zróżnicowanych stanowisk organów podatkowych w przedmiocie zakwalifikowania robót polegających na wykonaniu opaski (chodnika okapowego) wokół budynku, do właściwej stawki podatku VAT, w szczególności, gdy rozbieżność ta dotyczy stanu prawnego obowiązującego po zmianie, wprowadzonej od dnia 1 stycznia 2008 r., brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający niewłaściwie ustalił stawkę podatku VAT, opracowując siwz i wymagając zastosowania tej stawki przez wykonawców.

Mając również na uwadze przepis art. 191 ust. 1a Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy i naruszenie to miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, skład orzekający Izby stwierdził, że w rozpoznanej sprawie nie zachodzi taka sytuacja, bowiem jak wykazano wyżej, najwyższa cena oferty odwołującego i najdłuższy zaoferowany przez niego termin realizacji zamówienia, powodują, iż nawet ponowna ocena oferty odwołującego, nie wpłynie w żaden sposób na wynik postępowania.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....