

Sygn. akt: KIO/UZP 193/09

WYROK
z dnia 3 marca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 03.03.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Handlowo-Budowlana „ELBUD” Jakub Chruściel, 21-400 Łuków, ul. Wiatraki 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Łukowski, 21-400 Łuków, ul. Józefa Piłsudskiego 17** protestu ~~protestów~~ z dnia 30.01.2009 r.

przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Łukowski, 21-400 Łuków, ul. Józefa Piłsudskiego 17**

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 uiszczanego przez **Firma Handlowo-Budowlana „ELBUD” Jakub Chruściel, 21-400 Łuków, ul. Wiatraki 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Powiat Łukowski, 21-400 Łuków, ul. Józefa Piłsudskiego 17** na rzecz **Firma Handlowo-Budowlana „ELBUD” Jakub Chruściel, 21-400 Łuków, ul. Wiatraki 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **Firma Handlowo-Budowlana „ELBUD” Jakub Chruściel, 21-400 Łuków, ul. Wiatraki 1.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i adaptację budynku placówki opiekuńczo-wychowawczej – Dom Dziecka w Łukowie przy ul. Broniewskiego 20/26 zostało wszczęte przez zamawiającego Samorząd Powiatu Łukowskiego – Starostę Łukowskiego w Łukowie, ul. Józefa Piłsudskiego 17 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 listopada 2008r. za numerem 243204-2008.

W dniu 23 stycznia 2009r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Konsorcjum Rafała Gajowego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Przemysłowo-Handlowej „RAMAR” i Stanisława Kapczuka

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „FAZPOL” oraz o odrzuceniu m.in. oferty Jakuba Chruściela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Budowlana „ELBUD” z siedzibą w Łukowie, ul. Wiatraki 1 – odwołujący, z powodu błędów w obliczeniu ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą). Błąd w obliczeniu ceny u odwołującego polegał, zdaniem zamawiającego, na zastosowaniu jednolitej stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 7% w odniesieniu do wszystkich robót, z pominięciem stawki podatku VAT w wysokości 22% w odniesieniu do infrastruktury towarzyszącej tj. linii teletechnicznych pomiędzy budynkami, instalacji sanitarnej zewnętrznej (przyłącza), oraz robót rozbiórkowych śmietnika i zagospodarowania terenu. Wskazał, że opisując zakres robót podał, iż obejmują one m. in. przebudowę sieci zewnętrznych i instalacji. W rozdziale III siwz podano, że przedmiot zamówienia posiada kody CPV – 45000000-7, 45111200-0, 45210000-2 i 45230000-8, co zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie świadczy, że w zakresie realizowanych robót będą miały zastosowanie różne stawki podatku VAT. Przy czym informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została nadana listem poleconym w dniu 23 stycznia 2009r. oraz faksem w dniu 26 stycznia 2009r. i dotarła do odwołującego faksem w dniu 26 stycznia 2009r., a listem poleconym w dniu 27 stycznia 2009r.

W dniu 30 stycznia 2009r. odwołujący wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo tego, że nie zawierała ona błędów w obliczeniu ceny oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej mimo, że treść tej oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w siwz zamawiający sformułował następujące wymagania dotyczące ceny oferty i sposobu jej obliczenia :

1. podstawą wyceny prac i sporządzenia oferty jest projekt budowlany, a przedmiar robót należy traktować jedynie jako dokument pomocniczy,
2. wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z częścią VIII siwz, mieli załączyć kosztorys ofertowy,
3. wykonawcy mieli określić cenę poprzez wskazanie w formularzu oferty ceny netto, kwoty podatku VAT oraz ceny brutto, stawka podatku VAT miała być określona na podstawie obowiązujących przepisów, podana cena miała być stała i obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia, wszystkie wartości powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku – zgodnie z częścią XIII siwz.

Jednocześnie w formularzu oferty stanowiącym załącznik do siwz nakazał w miejsca wykropkowane wpisać cenę netto, cenę brutto i w tym podatek VAT.

W § 7 wzoru umowy zamawiający stwierdził, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, które wyraża się kwotą brutto, w tym podatek VAT.

Odwołujący stwierdził, że wobec powyższych postanowień siwz nie ma wątpliwości, że obowiązującą formą wynagrodzenia będzie ryczałt, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym przede wszystkim dotyczącymi braku podstaw do sprawdzania poprawności obliczenia ceny oferty, odrzucenia oferty ze względu na błędy w obliczeniu ceny. Wskazał, że jego stanowisko wynika z brzmienia art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, do którego odesłanie zawiera art. 2 pkt 1 ustawy, a ceną jest wyrażona w jednostkach pieniężnych wartość, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek VAT oraz podatek akcyzowy. Podatek VAT jest zatem składnikiem ceny i stanowi element cenotwórczy, który przedsiębiorca kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia w tę cenę. Odwołujący powołał się także na treść art. 632 § 1 kc stosowany odpowiednio na podstawie art. 139 ustawy, a stanowiący definicję wynagrodzenia ryczałtowego oraz na opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą możliwości zmiany ceny (wynagrodzenia ryczałtowego) w związku ze zmianą stawki podatku VAT, zgodnie z którą zmiana podatku VAT w trakcie trwania umowy nie daje podstaw do zmiany wynagrodzenia, jeżeli zawarta umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie. Ponadto zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji nakazywał przyjmować za prawidłowo podaną cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia i ta zasada utrzymała się w praktyce także po nowelizacji. W swiz nadto brak jest postanowienia, że kosztorys ofertowy stanowi podstawę określenia ceny oferty, a tym samym, że cena ta ma odpowiadać kalkulacji kosztorysowej. Kosztorys miał zatem znaczenie pomocnicze i nie powinien być podlegać sprawdzeniu, czy poprawieniu pomyłek rachunkowych czy błędów. W przypadku zawarcia umowy z wynagrodzeniem kosztorysowym strony wiąże kwota brutto, a nie wartości poszczególnych cen cząstkowych kosztorysów i wynikające z nich kwoty netto czy wartości podatku VAT. Z tego względu zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006r. sygn. akt III CZP 54/06. Odwołujący podniósł także, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wybranej, mimo że powinna być ona odrzucona z uwagi na sprzeczność jej treści z treścią siwz i niemożność poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Niezgodność ta polega na tym, że :

1. w załączniku nr 3 do siwz wykonawca wybrany w kolumnie 3 nie wpisał daty odbiorów robót (dzień, miesiąc, rok),

2. w załączniku nr 4 do siwz w pkt 1 tabeli nie wpisał w kolumnie 3 zawodu (specjalność, wykształcenie), a w ostatniej kolumnie posiadanych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Niezależnie od tego również doświadczenie wykonawcy wybranego budzi wątpliwości, w szczególności w odniesieniu do roboty budowlanej na przez zamawiającego, co do prawidłowości jej wykonania. Taką wątpliwość można powziąć na podstawie umowy, aneksu oraz innych dokumentów związanych z tą umową. Protest został podpisany przez właściciela firmy zgodnie z odpisem z edg załączonym do oferty.

W dniu 2 lutego 2009r. zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania protestacyjnego nikt nie przystąpił.

W dniu 9 lutego 2009r. zamawiający rozstrzygnął protest, o czym powiadomił odwołującego listem poleconym nadanym dnia 10 lutego 2009r., w dniu 12 lutego 2009r. oddalając protest w całości.

Zamawiający wskazał, że w rozdziale XVIII siwz żądał od wykonawców :

1. określenia ceny realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu oferty :

- ceny netto,
- kwoty podatku VAT,
- ceny brutto,

2. określenia stawki podatku VAT zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług,

3. obliczenia wszystkich wartości z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Z tych postanowień, według zamawiającego, wynika, że żądał on prawidłowego ustalenia ceny netto, kwoty podatku VAT i ceny brutto, oraz pouczył strony, że błędy w obliczeniu ceny będą powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Podtrzymał swoje stanowisko dotyczące kodów CPV oraz stosowania różnych stawek podatku VAT wyrażone w zawiadomieniu o wynikach postępowania. Wskazał, że pod pojęciem infrastruktury towarzyszącej ustawodawca przyjął sieci rozprowadzające wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych, urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności dróg, dojazdów, zieleni i małą architekturę, sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne pod warunkiem, że są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego. W kosztorysie zamawiającego zawarto pozycje dotyczące linii teletechnicznych pomiędzy budynkami, instalacji sanitarnej zewnętrznej (przyłącza) oraz robót rozbiórkowych śmietnika i zagospodarowania terenu. Wskazał, że w opisie technicznym części elektrycznej 4.24 Instalacja teletechniczna zewnętrzna znajdował się zapis „W celu

połączenia przebudowywanego budynku do centrali telefonicznej projektuje się ułożenie pomiędzy budynkami przewodów 5xUTP Drut 5e 4x2x0,5, zewnętrzny żelowy. Kable ułożyć w rurze osłonowej AROT OPTO – 50 mm w wykopie na głębokości 0,6m". Zgodnie zatem z art. 146 ust. 3 ustawy o VAT linia teletechniczna jest siecią rozprowadzającą i linią zewnętrzną wychodzącą poza budynek domu dziecka, która podlega w tym przypadku opodatkowaniu stawką 22%. Błędem zatem w obliczeniu ceny wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy jest przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Powołał się na orzecznictwo Zespołów Arbitrów z 19 lutego 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-151/07, 6 lipca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0- 1917/06, 26 czerwca 2002r. sygn. akt UZP/ZO/0- 686/02, 7 czerwca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0- 1607/06, 8 września 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0- 2416/06. Zamawiający przedstawił także swoje stanowisko uzasadniające rozstrzygnięcie protestu w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia wykonawcy wybranego, które z uwagi na nie objęcie go odwołaniem zostało pominięte. W dniu 16 lutego 2009r. odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Podtrzymał w całości argumentację podniesioną w proteście, a dodatkowo ustosunkowując się do treści rozstrzygnięcia podniósł, że zamawiający wybiórczo traktuje postanowienia siwz odnosząc się jedynie do części XVIII, a pomijając postanowienia wzoru umowy o wynagrodzeniu ryczałtowym, a przytoczone orzecznictwo zespołów arbitrów nie ma zastosowania w przypadku ceny ryczałtowej. Wskazał na odmienne w tym zakresie orzeczenie Izby z dnia 15 stycznia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1514/08. Powołał treść art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym na wykonawcy ciąży obowiązek obliczenia i wpłacenia podatku w odpowiednim terminie, a więc skoro zamawiający w siwz nie zawarł szczegółowych w tym zakresie regulacji powinien oprzeć się na wyliczeniach odwołującego, a nie na własnym przekonaniu, co do tego jaką stawkę podatku należało zastosować. Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie przyjął stawkę 22% dla linii teletechnicznych, gdyż linie te mają być ułożone pomiędzy budynkami mieszkalnymi, a więc stanowią część wewnętrznej instalacji i wówczas istnieje podstawa do zastosowania obniżonej stawki podatku, a więc takiej jaką przyjął odwołujący. Działanie zamawiającego doprowadziło do wyboru oferty o 81 713, 38zł. droższej od oferty odwołującego. Na potwierdzenie słuszności swojej argumentacji odwołujący przedłożył dowód z opinii prywatnej Warszawskiego Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB sp. z o.o. w Warszawie, ul. Olesińska 21 z dnia 22 grudnia 2008r. Odwołanie

zostało podpisane tak jak protest. Kopia treści odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 lutego 2009r. faksem.

W dniu 17 lutego 2009r. zamawiający poinformował o wpłynięciu odwołania i wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

W rozdziale III siwz Zamawiający określił, iż w zakres robót wchodzi m. in. przebudowa zawietrznych sieci i instalacji, niwelacja terenu związanego z obniżeniem poziomu posadzki przyziemia, utwardzenie powierzchni gruntu (nawierzchnia z kostki betonowej) pod dojazdy, dojścia, zmiana lokalizacji wiaty na śmietnik. Wskazano kod CPV : 45000000-7, 45111200-0, 45210000-2 i 45230000-8. Zakres prac został określony wzorem umowy, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, projektem budowlanym oraz przedmiarem robót, przy czym zamawiający zastrzegł, że do wycenienia prac i sporządzenia oferty podstawą jest projekt budowlany, a przedmiar należy traktować jako dokument pomocniczy. W rozdziale IX jako element zestawu dokumentów wymaganych od wykonawców w celu potwierdzenia warunków określonych w części VIII siwz wymagano złożenia kosztorysu ofertowego. W rozdziale XVIII siwz zamawiający postanowił, że wykonawcy określą cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu ofertowym ceny netto, kwoty podatku VAT oraz ceny brutto, stawka podatku VAT zostanie określona zgodnie z ustawą o podatku VAT, a podana cena oferty będzie stała i będzie obowiązywać przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia. Wszystkie wartości powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a błędy w obliczeniu ceny oraz w przypadku, gdy wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, będą powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7. Zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, że strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia, zgodnie ze siwz oraz wybraną w trybie przetargu ofertą wykonawcy, jest wynagrodzenie ryczałtowe. Ustalone w tej formie wynagrodzenie wykonawcy jest niezmienne.

W protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 19 grudnia 2008r. ustalono m. in., że zgodnie z dyspozycją art. 41 ust. 2 i 12 ustawy o podatku VAT preferencyjną stawkę podatku 7% stosuje się do budowy, remontu lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Pod jego pojęciem rozumie się m. in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części z wyłączeniem lokali użytkowych oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowane w PKOB w dziele 12. Zgodnie z definicją art. 2 pkt 12 ustawy pod pojęciem budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania

sklasyfikowane w PKOB w dziele 11. Z ustaleń Komisji wynika, że z początkiem 2008r. przestały obowiązywać przepisy przejściowe zezwalające na korzystanie z preferencyjnej stawki podatku VAT w odniesieniu do m. in. infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Do pojęcia infrastruktury towarzyszącej ustawodawca zaliczył 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 małą architekturę, sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłone, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne pod warunkiem, że są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego. W kosztorysie zostały zawarte pozycje dotyczące tzw. infrastruktury towarzyszącej tj. – linii teletechnicznych pomiędzy budynkami, instalacji sanitarnej zewnętrznej (przyłącza) oraz robót rozbiórkowych śmietnika i zagospodarowania terenu. W toku badania ofert stwierdzono, że :

- w ofercie nr 1 – Elbud zastosowano jednolitą stawkę VAT w wysokości 7% dla wszystkich robót,
- w ofercie nr 2 – Konsorcjum RAMR i FAZPOL – wykonawca zastosował odpowiednie stawki podatku VAT z wyszczególnieniem stawki 22 % dla robót : linie teletechniczne pomiędzy budynkami, roboty ziemne sanitarne, roboty montażowe sanitarne zewnętrzne, roboty budowlane rozbiórkowe śmietnika, zagospodarowanie terenu,
- w ofercie nr 3 – Instalbud – wykonawca zastosował stawkę 22% VAT dla robót budowlanych rozbiórkowych oraz zagospodarowania terenu i przyłączy wodociągowych, kanalizacji sanitarnej i deszczowej ale nie zastosował stawki 22% w odniesieniu do linii teletechnicznych pomiędzy budynkami. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3 900 000zł. brutto.

W protokole z dnia 21 stycznia 2009r. Komisja Przetargowa podtrzymała swoje stanowisk, co do nieprawidłowości wskazania stawki podatku VAT w ofercie odwołującego i firmy Instalbud, powołując się dodatkowo na opinię prawną radcy prawnego Stanisława Jędrzejewskiego z dnia 20 stycznia 2009r.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena :

- w ofercie nr 1 – Elbud - zaoferowano wykonanie zamówienia za kwotę 2 999 761,42zł. brutto,
- w ofercie nr 2 – Konsorcjum RAMR i FAZPOL – zaoferowano wykonanie zamówienia za kwotę 3 081 474,80zł. brutto,
- w ofercie nr 3 – Instalbud – zaoferowano wykonanie zamówienia za kwotę 3 895 583,14zł. brutto.

W ofercie odwołującego w formularzu oferty str. 1 i 2 nie wskazano rodzaju zastosowanej stawki podatku, a podatek określono na łączną kwotę 196 246,07zł. Natomiast w

kosztorysach ofertowych załączonych od strony 34 – 430 oferty we wszystkich wyliczeniach przyjęto jednolicie stawkę podatku w wysokości 7%.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści siwz wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, Protokołu posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 19 grudnia 2008r., opinii prawnej z dnia 20 stycznia 2009r., protokołu posiedzenie Komisji przetargowej z dnia 21 stycznia 2009r., zawiadomienia o wyniku postępowania, oferty odwołującego.

Izba rozważyła stanowiska stron podniesione w pismach i wyrażone na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż skarży on czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego. Oferta ta jak wynika z ustaleń stanu faktycznego, jest ofertą, która proponuje najkorzystniejszą cenę. Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Tym samym w przypadku wykazania przez odwołującego zasadności ponoszonych zarzutów miałby on możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu nadanym nowelizacją z 4 września 2008r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, gdyż zostało wszczęte po dniu 24 października 2008r., a ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 7 listopada 2008r.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartości 5 150 000 euro, a więc co do prawa do wniesienia odwołania zastosowanie ma art. 184 ust. 1 a ustawy.

W odwołaniu odwołujący podniósł wyłącznie zarzuty dotyczące rozstrzygnięcia protestu w zakresie czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a więc mieszczące się w katalogu podstaw do wniesienia odwołania określonych w art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, pomimo tego, że zamawiający określił charakter wynagrodzenia jako ryczałtowy, a więc winien był przyjąć za

prawidłową podaną przez odwołującego w formularzu ofertowym cenę bez względu na sposób jej obliczenia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Pomiędzy stronami bezsporne jest, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy (§ 7 wzoru umowy) oraz, że podstawą oceny ofert miała być wyłącznie cena brutto (część XX siwz). Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest natomiast to, czy przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamawiający ma prawo badać prawidłowość skalkulowania elementów cenotwórczych składających się na cenę brutto, a konkretnie, czy zamawiający ma prawo badać prawidłowość ustalenia stawki podatku VAT pomimo tego, że ocenie poddawał cenę brutto. Izba podziela stanowisko odwołującego, że przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia, gdyż zgodnie z art. 632 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy nie ma możliwości przy wynagrodzeniu ryczałtowym podwyższenia wynagrodzenia w przypadku błędnie zastosowanej (zaniżonej) stawki podatku VAT. Zgodnie z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług to na odwołującym jako wystawcy faktury ciąży obowiązek prawidłowego obliczenia i przekazania podatku VAT, zaś po stronie zamawiającego nie powstają z tego tytułu żadne dodatkowe obowiązki. Zamawiający będzie w przypadku ceny ryczałtowej zobowiązany wyłącznie do zapłacenia wskazanej w ofercie ceny brutto i odwołujący nie będzie mógł podnosić skutecznie roszczeń związanych z żądaniem podwyższenia wynagrodzenia. Nadto należy wskazać, że odwołujący jedynie w kosztorysie ofertowym wskazał wysokość stawki podatku poprzez podanie procentowej wysokości stawki tj. 7%. W samym formularzu ofertowym, ani w żadnym innym dokumencie załączonym do oferty takie wskazanie nie występuje. Zamawiający zatem dokonał badania prawidłowości ustalenia stawki podatku wyłącznie w oparciu o kosztorys ofertowy, który zgodnie z częścią III siwz miał mieć charakter jedynie pomocniczy przy kalkulacji ceny oraz w przyszłości miał służyć zamawiającemu na etapie realizacji umowy do rozliczenia robót, w przypadku zmniejszenia ich zakresu. Natomiast z żadnego postanowienia siwz nie wynika, że wykonawcy byli zobowiązani do wskazywania procentowej wysokości stawki podatku. Zamawiający nie miał prawa oceniać oferty na podstawie dokumentu pomocniczego, którego nie załączenie nie mogłoby rodzić dla wykonawcy żadnych negatywnych skutków. Co więcej dokonywanie oceny na podstawie tego dokumentu mogłoby prowadzić do nierównego traktowania wykonawców poprzez różnicowanie sytuacji tych wykonawców w przypadku różnego podejścia wykonawców do obowiązku załączenia kosztorysu. Dodatkowo Izba podziela stanowisko orzecznictwa, że nie ma żadnego uzasadnienia sztuczne dzielenie jednej kompleksowej usługi – roboty budowlanej w celu opodatkowania jej różnymi stawkami podatku VAT w zależności od poszczególnych elementów składowych składających się na tę kompleksową usługę vide wyrok NSA w Warszawie z dnia 8 lipca 2008r. sygn. akt I FSK 871/07, wyrok WSA w

Warszawie z dnia 4 kwietnia 2008r. sygn. akt III SA/Wa 274/08, wyrok WSA w Krakowie z dnia 7 lutego 2007r. sygn. akt I SA/Kr 150/06, wyrok NSA w Warszawie z dnia 5 lipca 2006r. sygn. akt I FSK 945/05.

Ponadto Izba podziela także stanowisko Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 8 grudnia 2005r. sygn. akt VII Ca 881/05, zgodnie z którym podstawą do przyjęcia ceny brutto za prawidłową jest przepis art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a ustawy, nakazujący uznanie, że prawidłowo podano cenę ryczałtową brutto bez względu na sposób jej obliczenia. Izba uważa, że przepis ten, mimo jego uchylenia nowelą z 4 września 2008r., może nadal stanowić wytyczną postępowania w przypadku ceny ryczałtowej, gdyż nowe brzmienie art. 87 ust. 2 ustawy nie wyklucza przyjęcia takiego sposobu rozumowania i nie odnosi się wprost do ceny ryczałtowej. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886) ograniczając żądanie do maksymalnej kwoty zwrotu kosztów przewidzianej w powyższym przepisie.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*