

WYROK

z dnia 31 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o.

ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Uniwersytet Gdański ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk

protestu z dnia 22 września 2008 r.

przy udziale **Tysand Sp. jawnej J. Krawczykiewicz, K. Rzewuski**

ul. Grunwaldzka 585 A/7, 80-339 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane ROMBUD Sp. z o.o. ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego ROMBUD Sp. z o.o. ul. Lubelska 37c, 10-408 Olsztyn.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *remont i modernizację Domu Studenckiego Nr 5 Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk, ul. Polanki 64* którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 sierpnia 2008 r. pod numerem 190827. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12.788.675,40 złotych (w tym zamówienia uzupełniające), tj. 2.199.010,34 euro. Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była najniższa cena.

W postępowaniu złożono cztery oferty: Tysand Sp. jawna J. Krawczykiewicz, K. Rzewuski z ceną brutto 9.262.000,00 zł, w tym VAT 662.000,00 zł, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z ceną 9.484.000,43 zł, w tym VAT 686.331,43 zł, W.P.B. Rombud Sp. z o.o. z ceną 9.536.367,08 zł, w tym VAT 623.874,48 oraz P.B. Kokoszki S.A. z ceną 10.162.016,17 zł, w tym VAT 664.804,79 zł.

19 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Tysand Sp. jawna J. Krawczykiewicz, K. Rzewuski (zwana dalej Tysand Sp. j.). Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej z ofert.

22 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest „przeciwko czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy TYSAND Sp.j.”

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz inne postanowienia prawa polskiego, w szczególności ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w sposób zagrażający interesowi prawnemu Odwołującego, zainteresowanego uzyskaniem zamówienia publicznego w szczególności poprzez dokonanie wyboru wykonawcy w sposób utrudniający ochronę praw uczestników postępowania, z naruszeniem art. 89 w zw. z art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny oraz naruszenie innych odnośnych postanowień prawa polskiego, w szczególności ustawy o podatku od towarów i usług poprzez naliczenie niewłaściwej stawki VAT, co powinno skutkować natychmiastowym odrzuceniem ofert zawierających ten błąd i wykluczeniem oferentów z postępowania.

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TYSAND Sp. j.,
2. odrzucenia oferty TYSAND Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług oraz wykluczenia jej z postępowania,
3. odrzucenia oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług oraz wykluczenia jej z postępowania,

4. powtórnego badania i oceny ofert oraz wybrania oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w rozumieniu i na zasadach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący uważa, że przy rozpatrywaniu tych ofert Zamawiający nie uwzględnił postanowień art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechał odrzucenia ofert zawierających błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ofercie TYSAND Sp. j. podano cenę brutto 9.262.000,00 zł w tym VAT w kwocie 662.000,00 zł, a w ofercie K.B. DORACO, Sp. z o.o. cenę brutto 9.484.000,43 zł, w tym VAT w kwocie 686.331,43 zł, co wykazuje na stawkę i kwotę podatku niezgodną z ustawą o podatku od towarów i usług. W związku z tym konieczne staje się dokonanie żądanych czynności.

29 września 2008 r. Zamawiający oddalił protest jako niezasadny następująco uzasadniając swoją decyzję.

Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert przyjął cenę ryczałtowa brutto, a zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtowa bez względu na sposób jej obliczenia – Zamawiający nie miał więc podstaw, aby te oferty odrzucić. Ponadto TYSAND Sp. j. w przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu oświadczyła, iż zastosowane w ofercie stawki i kwota VAT są zgodne z ustawą o podatku od towarów i usług oraz rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2007 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, a oferta nie zawiera błędów rachunkowych w obliczeniu ceny.

Następny zarzut Zamawiający uznał za bezzasadny, gdyż Zamawiający nie nalicza VAT.

Zamawiający dokonał oceny ofert z należyta starannością i uznaje złożone oferty za ważne.

3 października 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 6 października 2008 r.), w którym wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności – jak w proteście. Odwołujący uznał, iż rozstrzygając protest Zamawiający nie wziął pod uwagę definicji ceny, określonej w art. 3 ust. 1 ustawy o cenach, z której wynika, że jest to 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, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. W tym przypadku jest faktem bezspornym, że prowadzona procedura podlega ustawie o podatku od towarów i usług. W związku z tym Zamawiający nie zachował należytej staranności przy rozpatrywaniu protestu i złamanie zasady uczciwej konkurencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców, tj. złamanie postanowień art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działając z należyłą starannością i przed wyborem oferty najkorzystniejszej Zamawiający powinien, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 6 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucić oferty, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem Zamawiający tej czynności zaniechał, ponieważ nie odrzucił ofert zawierających błędy w obliczeniu VAT.

Prawidłową stawką VAT jest 7%, a wyjaśnienia Tysand sp. j. są błędne. Skoro zamawiający żądał podania w ofercie kwoty VAT, powinien sprawdzić, czy kwota ta została podana prawidłowo.

17 października 2008 r. do postępowania odwoławczego przystąpiła, po stronie Zamawiającego, Tysand Sp. j. wyjaśniając, iż w formularzu cenowym zamawiający żądał jedynie wskazania kwoty VAT, a nie zastosowanych stawek. Tymczasem w złożonej ofercie zastosowano dwie stawki VAT 7% do remontu Domu Studenckiego i 22% do wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia infrastruktury towarzyszącej budownictwu (m.in. wykonanie nowych przyłączy kablowych oraz drogi pożarowej), bowiem od 1 stycznia 2008 r. nie jest ona objęta stawką 7%. W związku z tym kwota podatku nie

zawiera błędu, lecz jest następstwem przemyślanego działania. Poza tym, przy 7% stawce VAT cena oferty byłaby jeszcze niższa.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, iż podania kwoty VAT wymagał tylko dla potrzeb ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, dlatego nie brał jej pod uwagę i oceniał tylko kwotę brutto. Uważa, iż remont domu studenckiego objęty jest stawką VAT 7 %, a drogi 22%. Jednak nie mógł odrzucić żadnej z ofert, ponieważ cena jest ceną ryczałtową i nie podlegają one odrzuceniu, nawet przy błędnym podatku.

Wszyscy uczestnicy postępowania powoływali się też na orzeczenia zespołów arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej i sądów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest zastosowanie przez Tysand Sp. j. oraz Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. właściwej lub niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług.

Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego obliczając kwotę podatku od towarów i usług wykonawcy powinni byli zastosować stawkę 7% dla robót związanych z Domem Studenckim oraz 22% dla robót towarzyszących (drogi). Natomiast Odwołujący uważa, iż przedmiot zamówienia ma charakter mieszany, tj. obejmuje różne rodzaje prac objęte odmiennymi stawkami VAT, zatem, zgodnie m.in. z opinią Urzędu Statystycznego w Łodzi całość winna być klasyfikowana tak, jakby składała się z usługi, która nadaje jej zasadniczy charakter.

Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w wyjaśnieniach jej treści nie podawał wysokości stawki podatku, którą należy zastosować.

Na wstępie należy zauważyć, iż rozważania dotyczące tego, czy działania Przystępującego można zakwalifikować jako omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny (i w związku z tym ją poprawić lub nie) są bezprzedmiotowe, ponieważ, jak wynika z jego oświadczenia, cena złożonej oferty nie była wynikiem popełnionej omyłki arytmetycznej, lecz świadomego i celowego działania związanego z zastosowaniem danej stawki VAT.

Zatem powodem odrzucenia jego oferty mógłby być jedynie ewentualny błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 t. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) obowiązek zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej spoczywa na Ministrze Finansów, który upoważnił do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego Dyrektorów Izb Skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Poznaniu i Warszawie – § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. Nr 112, poz. 770). Zatem Urząd Statystyczny w Łodzi (ani inny organ) nie jest uprawniony do wydawania oficjalnych interpretacji przepisów dotyczących podatków, w tym wysokości stawki VAT (Urząd Statystyczny w Łodzi jedynie kwalifikuje wyroby i usługi wg PKWiU), a jego ewentualna opinia w kwestii prawidłowej stawki podatku VAT nie jest miarodajna.

Obowiązujące od 1 stycznia 2008 r. przepisy – w związku z brzmieniem przepisu przejściowego wyrażonego w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – nie wprowadziły preferencji podatkowej dla infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, co oznacza, iż od 1 stycznia 2008 r. roboty z nią związane podlegają opodatkowaniu według stawki 22%, co nie jest sporne między Stronami.

W niniejszej sprawie Odwołujący się nie przedstawił dowodu, który pozwoliłby na stwierdzenie, że wykonawcy mieli obowiązek zastosować do całości robót obniżoną stawkę podatku od towarów i usług. Zgodnie

z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar dowodu obciąża stronę, która wywodzi z okoliczności skutki prawne. Na tej podstawie zarzut należało uznać za nie uzasadniony. W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż nie wykazano, że oferty złożone przez Tysand Sp. j. lub K.B. Doraco Sp. z o.o. podlegają odrzuceniu. Odwołujący nie przedstawił także żadnych powodów ani argumentów dotyczących wykluczenia tych wykonawców.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....