

WYROK
z dnia 2 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 lutego 2011 r. przez „**SOLVER**” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, **42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Starostwo Powiatowe w Kole, 62-600 Koło, ul. Sienkiewicza 21/23**

przy udziale **Bogusława Kopija** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PROVSOLAR Kopija Bogusław, Chwarstnica, ul. Sportowa 4, 74-100 Gryfino**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty „SOLVER” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Starostwo Powiatowe w Kole i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości w 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez „SOLVER” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych**

zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe w Kole** na rzecz „**SOLVER**” spółki z **ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Kole – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Montaż systemu solarnego w budynku Domu Pomocy Społecznej w Kole przy ul. Poniatowskiego 21”.

10 lutego 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – „SOLVER” spółkę z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach – o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bogusława Kopija prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PROVSOLAR Kopija Bogusław oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp .

15 lutego 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, przekazując również w tym dniu jego kopię Zamawiającemu. Odwołujący wskazał, iż wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 2 ust. 5, art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, jak również naruszenie art. 5 kc poprzez czynienie ze swojego prawa użytku społecznego sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenie czynności oceny ofert.
3. Wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że wolno stojący budynek kotłowni, który w minimalnej części obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia, mieści się w innej klasyfikacji PKOB, niż budynek Domu Pomocy Społecznej, przez co dla wykonywania robót związanych z budynkiem kotłowni powinna być zastosowana stawka podatku VAT w wysokości 22 %. Stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności m.in. z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i wojewódzkiego sądu administracyjnego, które wskazują, że dla celów podatkowych roboty budowlane winny być traktowane jako jedna całość, do której zastosowanie powinna mieć jedna stawka

Sygn. akt KIO 314/11

podatkowa. Między innymi w wyroku ETS C-41/04 stwierdzono, iż nawet w przypadku usług kompleksowych, składających się z kilku czynności, w sytuacji gdy czynności te w aspekcie gospodarczym stanowią jedną całość i rozdzielenie ich miałyby sztuczny charakter, to czynności te stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych. ETS wskazuje podział świadczeń na świadczenia zasadnicze i pomocnicze, które nie powinny być rozdzielane, przy czym o tym, że świadczenie ma charakter pomocniczy przesądza fakt, iż nie stanowi ono dla wykonawcy celu samego w sobie, lecz jest środkiem do wykonania świadczenia zasadniczego (tak również ETS w wyrokach C-111 /05 oraz C-231/94).

Stanowisko to zostało poparte w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 3 grudnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt I SA/Wr 1435/09, w którym Sąd stwierdził, iż nieuzasadnione jest stosowanie w ramach jednej roboty budowlanej dwóch różnych stawek podatkowych, zwłaszcza w odniesieniu do przyłącza gazowego – gdy jego część jest wykonywana w budynku, a część poza budynkiem. Sytuacja analogiczna ma miejsce w niniejszym postępowaniu, bowiem spornym elementem, co do którego Zamawiający wskazuje, że zastosowana została błędna stawka podatku VAT, jest przyłącze ciepłe.

W nawiązaniu do przywołanego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2615/2010) stwierdziła, że prawidłowym działaniem wykonawców jest stosowanie jednej stawki podatku VAT dla całości przedsięwzięcia budowlanego. Izba podkreśliła również – co znajduje odniesienie do niniejszej sprawy – że przyłącze jest integralną częścią budynku i stanowi dla jego użytkowania niezbędną infrastrukturę.

Tak też w niniejszym postępowaniu zostało potraktowane przyłącze ciepłe przez Odwołującego, który z pełną świadomością podał w swojej ofercie stawkę podatku VAT w wysokości 7 %, odnosząc ją do całości inwestycji. Istotne jest podkreślenie, że nazwa zamówienia wskazuje jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest Montaż Systemu Solarnego w Budynku Domu Pomocy Społecznej. Dokonanie przyłącza poza budynkiem DPS stanowi nie więcej niż 20 % wartości całego zamówienia, a zatem jest jedynie elementem marginalnym w stosunku do prac wykonywanych w obrębie budynku DPS. Ważne jest wreszcie, że kotłownia służy tylko i wyłącznie do celów grzewczych i podgrzewania wody użytkowej w budynku pomocy społecznej, nie można zatem mówić o jej niezależności w stosunku do tego budynku i traktowania jej jako części odrębnej, co próbował uczynić Zamawiający kierując zapytanie do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi. Istotne jest wreszcie, że w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”), czy formularza

ofertowego, Zamawiający nie wskazał, że należy zastosować odrębną stawkę podatku VAT do prac wykonywanych w obrębie kotłowni.

Zachowanie Zamawiającego świadczy o tym, iż stara się on zrzucić odpowiedzialność za popełnione w postępowaniu błędy na wykonawców. Nie budzi bowiem wątpliwości, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania dokumentacji postępowania w taki sposób, ażeby wykonawcy przygotowali oferty kompletne, zawierające wszelkie informacje wymagane przez Zamawiającego. Swoje wymagania Zamawiający ma obowiązek umieścić w ogłoszeniu, s.i.w.z. oraz załącznikach takich jak np. formularz cenowy, czy umowa. Nie może natomiast sposobu interpretacji swoich postanowień przerzucać na wykonawców. Dotyczy to również opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli problemu z prawidłowym określeniem nie tylko każdego wymaganego elementu, ale również określenia prawidłowej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający przy opisywaniu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany przestrzegać fundamentalnych zasad opisanych w art. 29-31 ustawy pzp. Opisując przedmiot zamówienia, który w ocenie Zamawiającego składa się z wielu części, był on obowiązany wyszczególnić takie elementy w opisie przedmiotu zamówienia oraz w dokumentacji projektowej, by możliwe było zastosowanie różnych stawek podatkowych. Czynność taka nie została dokonana przez Zamawiającego, a przedmiot zamówienia nie został rozdzielony na elementy objęte różnymi stawkami podatkowymi. Prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest istotny, o tyle, że wystarczy wprowadzenie choćby jednego wykonawcy w błąd, aby móc zarzucić Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy pzp. Opis przedmiotu zamówienia ma być bowiem jednakowo czytelny dla każdego z wykonawców. W wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05, niepubl.), stwierdzono, że to, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, albowiem wystarczy, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2011). Określając granicę swobody działania Zamawiającego w procesie przygotowania postępowania przetargowego, należy uznać, iż zawiera się ona w granicach określonych przepisami art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy pzp. Wskazać również należy, że jeżeli Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania różnych stawek podatku VAT za poszczególne części przedmiotu zamówienia, winien był wskazać to jasno i precyzyjnie w s.i.w.z. oraz w formularzu cenowym.

Niezależnie od powyższych argumentów należy zwrócić uwagę na fakt, iż w świetle najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę stawki podatku VAT w

Sygn. akt KIO 314/11

wysokości nieprawidłowej z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1053/10): „w ustawie PZP brak jest jakiegokolwiek przepisu, który wprost w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do okoliczności zastosowania niewłaściwej stawki podatku”. KIO wskazała, iż odmienne stanowisko w tym przedmiocie powstało na gruncie funkcjonującej uprzednio wykładni przepisów ustawy, jednakże jest nieuprawnione z następujących powodów: „Przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć niepodlegające poprawieniu omyłki rachunkowe lub rzeczowe dotyczące sposobu wyceny przedmiotu świadczenia, podstaw wyliczenia, objęcia obliczeniem wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń. Nie mieści się w ocenie Izby w tym pojęciu świadome i celowe zastosowanie przez Wykonawcę będącego przedsiębiorcą prowadzącym profesjonalną działalność gospodarczą, takiej a nie innej stawki podatku VAT, za której prawidłowość w świetle obowiązujących przepisów ponosi on odpowiedzialność.”

Na stanowisku takim stanęła Krajowa Izba Odwoławcza również w orzeczeniach z dnia 23 sierpnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1667/10), czy z dnia 5 listopada 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 2326/10). Odwołujący w pełni podziela pogląd zaprezentowany w ostatnim z przywołanych orzeczeń. Zgodnie z nim pojęcie błędu w obliczeniu ceny nie może być oceniane w oderwaniu od brzmienia przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, w którym wskazano, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej „sposób obliczenia ceny”. Opis sposobu obliczenia ceny jest wskazaniem przez Zamawiającego schematu na podstawie którego zostanie wyliczona cena w ofercie. Tożsamość pojęciowa odnosząca się do art. 36 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp nakazuje przyjąć, iż jedynie postępowanie wykonawcy niezgodnie z krokami ustalonymi przez Zamawiającego spowodować może odrzucenie oferty potencjalnego wykonawcy. Oczywiście nie ulega wątpliwości, że cena jest wartością netto z doliczonym podatkiem od towarów i usług, niemniej doliczenia tego podatku nie można traktować jako elementu sposobu obliczenia ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, ze względu na wskazaną wyżej tożsamość pojęciową. W niniejszym postępowaniu schemat taki został opisany w rozdziale XI s.i.w.z.. W żadnym miejscu tego rozdziału Zamawiający nie wskazał nawet, iż do obliczenia ceny niezbędne jest doliczenie podatku VAT. Zamawiający nie narzucił również wykonawcom, jakie stawki/stawka VAT powinna zostać zastosowana w niniejszym postępowaniu. Czynność doliczenia tego podatku nie powinna być zatem traktowana jak element sposobu obliczenia ceny.

Należy także pamiętać, iż składając ofertę Odwołujący zobowiązał się do wykonania całości przedmiotu zamówienia za wskazaną w formularzu ofertowym cenę – składając w

tym zakresie oświadczenie woli. Wskazanie stawki podatku VAT jest zatem elementem oświadczenia woli Odwołującego, przez co znajduje się w sferze, z którą Zamawiający nie ma możliwości dyskusji. Jednocześnie nawet wskazanie błędnej stawki podatku nie wywołuje żadnych skutków w odniesieniu do Zamawiającego. Nie on będzie ponosił za taki błąd odpowiedzialności. W konsekwencji, a także w związku z brzmieniem przepisów podatkowych (art. 281 § 1 Ordynacji podatkowej) Zamawiający nie jest uprawniony do kontroli zastosowanej przez Wykonawcę stawki podatku VAT. Kontrolę taką może sprawować jedynie organ podatkowy I instancji. Nie jest takim organem Główny Urząd Statystyczny, który może oczywiście – co zostało uczynione w piśmie z dnia 25 stycznia 2011 r. – wskazać klasyfikację PKOB dla budynków objętych przedmiotem zamówienia, ale nadal nie może i nie ocenia, czy w tym konkretnym postępowaniu przyłączy ciepłota do kotłowni będzie traktowane jako zakres prac, przy którym ma zostać zastosowana odmienna stawka podatkowa, niż do głównego przedmiotu objętego robotami budowlanymi. Ani Zamawiający, ani Główny Urząd Statystyczny nie są uprawnieni do dokonywania interpretacji przepisów podatkowych. Uprawnienie to przysługuje Ministrowi Finansów i upoważnionych przez niego dyrektorów izb skarbowych. W związku z powyższym nieuprawnionym jest działanie Zamawiającego polegające na ocenie prawidłowości zastosowania stawki podatku w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego, a tym bardziej odrzucenie jego oferty na podstawie dokonanej przez samego Zamawiającego interpretacji prawa podatkowego (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2194/10), z 12 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 987/09)

W wyroku z 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1405/10, Izba wskazała: „Kwalifikując do oceny wyłącznie cenę z podatkiem VAT (wartość brutto) za wykonanie zamówienia, zamawiający pozostawia wykonawcy kwestię przyjęcia prawidłowej stawki podatku VAT, który to wykonawca ponosi wyłączne ryzyko przed organami skarbowymi. Przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania, o ile nic innego nie wynika z dokumentacji przekazanej wykonawcom, można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta w tym przypadku nie doznaje uszczerbku – wykonawcy w każdym przypadku przedstawiają bowiem cenę, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT”.

Na marginesie należy jeszcze wskazać, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą również przy zastosowaniu stawek VAT w wysokości 7% i 22% – w tym przypadku oferta Odwołującego byłaby korzystniejsza od kolejnej oferty o około 90 000 zł. Również przy zastosowaniu stawki 22% dla całości zamówienia oferta Odwołującego nadal pozostawałaby najkorzystniejszą i byłaby tańsza od kolejnej oferty o około 50 000 zł.

Zamawiający nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

17 lutego 2011 r. (pismem z 16 lutego 2011 r.), na skutek wezwania Zamawiającego, Bogusław Kopija prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROVSOLAR Kopija Bogusław zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Żadna ze Stron nie kwestionowała interesu tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie, z zachowaniem wymogu przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, a stanowisko to poparł Przystępujący.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 5 października 2011 r. pod nr 273823-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.starostwokolskie.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

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

Odwołujący złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, która zgodnie z postanowieniami rozdziału XI s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W formularzu oferty Odwołujący wpisał, iż oferuje „wykonanie robót w zakresie określonym w przedmiarze robót, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót za cenę: 365176,54 zł netto (...) + 7% podatku VAT, tj. 25562,36

Sygn. akt KIO 314/11

zł (...), Razem: 390738,90 zł brutto (...), zgodnie z załączonym kosztorysem ofertowym”, który został sporządzony według wytycznych z rozdziału XI s.i.w.z.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

W rozdziale II *Instrukcji dla wykonawców – Opis przedmiotu zamówienia*:

„Przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane polegające na montażu systemu solarnego w budynku domu pomocy społecznej w Kole przy ulicy Poniatowskiego 21”. /pkt 1/

„Zakres rzeczowy robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia publicznego obejmuje:

- 1) wykonanie konstrukcji systemowej dla zamocowania kolektorów słonecznych,
- 2) montaż kolektorów słonecznych na dachu płaskim, których parametry odpowiadają następującym wymaganiom: (...)
- 3) wykonanie wykopu pod projektowane przyłącze ciepłne do kotłowni,
- 4) montaż przyłącza ciepłego z rur preizolowanych,
- 5) wykonanie obsypki i zasypki przyłącza z rur preizolowanych,
- 6) montaż pozostałych urządzeń technologicznych (zbiorniki ciepłej wody użytkowej, armatura) w pomieszczeniu istniejącej kotłowni,
- 7) wykonanie instalacji solarnej podłączeniowej z rur stalowych czarnych,
- 8) wykonanie instalacji wodnej z rur polietylenowych,
- 9) wykonanie izolacji termicznej na rurociągach,
- 10) wykonanie układu automatycznej regulacji,
- 11) podłączenie systemu solarnego do istniejącej kotłowni”. /pkt 3/

„Zamawiający zaleca dokonanie wizji w budynku przed przystąpieniem do przygotowania oferty”. /pkt. 6/

„Szczegółowa charakterystyka, zakres oraz ilość robót budowlanych do wykonania zostały opisane w przedmiarach robót, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót załączonych do SIWZ”. /pkt. 13/

W pkt. 2 części I A *Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (Wersja Uproszczona)* wskazano, iż „przedmiotem robót budowlanych jest montaż kolektorów słonecznych na dachu budynku głównego, montaż urządzeń towarzyszących, osprzętu, armatury i automatyki w budynku Domu Pomocy Społecznej w Kole, ul. Poniatowskiego 21, wykorzystanie energii odnawialnej, co w konsekwencji prowadzi do zmniejszenia zapotrzebowania ciepła na cel grzewcze i ograniczenie emisji związków

szkodliwych do atmosfery. Wykonanie przyłącz ciepłego z rur preizolowanych z budynku głównego do kotłowni”.

W rozdziale XI *Instrukcji dla wykonawców – Opis sposobu obliczenia ceny oferty*:

„Cenę oferty należy obliczyć przy zachowaniu następujących założeń:

- 1) zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót,
- 2) ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, utrzymania zaplecza budowy, związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne wynikające z umowy, której wzór stanowi załącznik do niniejszej SIWZ,
- 3) dopuszcza się zmiany przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych pod warunkiem że zakres czynności do wykonania dla poszczególnych cen jednostkowych będzie nie mniejszy niż wynikając z przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych,
- 4) ceny tych samych składników cenotwórczych (R_{bg} , M, S, K_o , Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w danej branży,
- 5) cena podana w druku „OFERTA” musi być zgodna z sumą cen wynikających z kosztorysów ofertowych,
- 6) kosztorys należy opracować metodą *kalkulacji szczegółowej*, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako suma iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych bez podatku VAT, według wzoru:

$$Wk = \text{Suma} (L \times Cj)$$

gdzie:

Wk – wartość kosztorysowa robót;

L – liczba jednostek przedmiarowanych robót;

Cj – cena jednostkowa roboty podstawowej

Cenę jednostkową roboty podstawowej kalkulować *metodą szczegółową* polegającą na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku według wzoru:

$$Cj = (\text{Suma} (n \times c)) + K_{pj} + Zj$$

gdzie:

Cj – cena jednostkowa określonej pozycji przedmiarowej;

n – jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - nr, materiałów - nm, sprzętu - ns;

Sygn. akt KIO 314/11

c – cena czynników produkcji: robocizny - Cr, materiałów - Cm, sprzętu - Cs, ceny pracy sprzętu - Cs

$(\text{Suma } (n \times c)) = ((\text{Suma } (nr \times Cr)) + (\text{Suma } (nm \times Cm)) + (\text{Suma } (ns \times Cs))$

Kpj – koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót;

Zj – zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót.

Na wydruku kosztorysu przedstawić kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych pozycji przedmiarowych zgodnie z jednostkowymi nakładami rzeczowymi podanymi w przedmiarze”. /pkt 1/

„Cena oferty odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót i jest tzw. wynagrodzeniem kosztorysowym”. /pkt 2/

„Przedmiar robót powinien być odczytywany w powiązaniu z umową i dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną. Opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostateczne definiujące wymagania dla danych robót. Nawet jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych,
- 3) wiedzy technicznej”. /pkt 3/

„Elementy robót nieujęte w kosztorysie ofertowym lub niewycenione a wynikające wprost z dokumentacji przetargowej (dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna i SIWZ) Zamawiający uzna za wycenione i ujęte w ofercie bez możliwości jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy z tego tytułu. Skutki jakichkolwiek błędów w kosztorysach ofertowych Opracowanych przez wykonawcę obciążają Wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia”. /pkt 4/

„Złożenie przez jednego Wykonawcę więcej niż jednej oferty lub oferty zawierającej rozwiązania wariantowe spowoduje jej odrzucenie”. /pkt 5/

W toku powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień – wskazując, iż „w toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości zastosowania przez Wykonawców stawki podatku VAT” – „w zakresie złożonej w Postępowaniu oferty poprzez wyjaśnienie podstawy naliczenia stawki podatku VAT w wysokości przedstawionej w ofercie”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez

Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., wezwania do wyjaśnień, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz oferty Odwołującego.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia oraz przedstawione ustnie w toku rozprawy do protokołu, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 18 listopada 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert – co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie przywrócenia tej oferty do postępowania. Natomiast bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpoznaniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadne było odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Na wstępie skład orzekający Izby zaznacza, iż co do zasady podziela pogląd, zgodnie z którym przyjęcie przez wykonawcę odmiennej stawki VAT niż wynikająca z obowiązujących przepisów prawnopodatkowych, nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Ponieważ obowiązkiem

zamawiających wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 pzp jest ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty, dla możliwości stwierdzenia zaistnienia takiego błędu konieczne byłoby co najmniej stwierdzenie, iż wykonawca obliczył cenę swojej oferty w sposób odmienny, niż wymagany w s.i.w.z. Choć z mocy przepisów powszechnie obowiązujących wynika, iż wynagrodzeniu wykonawcy należy uwzględnić kwotę podatku od towarów i usług, to wymaganie wskazania w ofercie stawki podatku VAT, musi mieć swoje oparcie w postanowieniach s.i.w.z. Niewystarczające jest bowiem zawarte w przepisie art. 2 pkt 1 pzp ustawy pzp odwołanie do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), który nakazuje jedynie uwzględnienie w cenie kwoty podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, jeśli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż podlega obciążeniu takim podatkiem. Zamawiający mogą zatem ograniczyć się do wymagania podania w ofertach przez wykonawców wyłącznie cen brutto za całość przedmiotu zamówienia. W takim jednak przypadku zamawiający, nie mogą później skutecznie dokonać odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z powołaniem się na błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej ich zdaniem stawki podatku VAT. Zasady równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp wymagają bowiem od zamawiających stosowanie się do postanowień s.i.w.z., co wyklucza odrzucenie oferty z powodu niezgodności z wymaganiem wprost niewynikających z nich.

W niniejszej sprawie Zamawiający zawarł obszerny opis sposobu obliczenia ceny w tak zatytułowanym rozdziale XI s.i.w.z. W żadnym z postanowień tego rozdziału rozpisanych na 5 zasadniczych punktów, Zamawiający nie uwzględnił w ramach sposobu obliczenia ceny oferty elementu odnoszącego się do podatku VAT. W istocie opis wskazuje szczegółowo, z podaniem obowiązujących wzorów sposób wyliczenia ceny jednostkowej za poszczególne roboty objęte przedmiarem załączonym do s.i.w.z. a następnie sposób dojścia do wartości kosztorysowej wszystkich robót objętych przedmiarem robót, wyraźnie wskazując, iż jest to suma iloczynów ilości jednostek przedmiarowych tych robót i ich cen jednostkowych bez podatku VAT (ppkt 6 pkt 1). Zamawiający wskazał również, że cena oferty odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót i jest tzw. wynagrodzeniem kosztorysowym (pkt 2). Dopiero z załączonego do s.i.w.z. formularza „Oferta” wynika, iż należy obok wyliczonej w sposób wynikający z rozdziału XI łącznej ceny kosztorysowej netto oferty wskazać stawkę podatku VAT i jego kwotę oraz podać łączną kwotę brutto, przy czym we wzorze tym przewidziano miejsce na wpisanie jednej stawki i kwoty podatku VAT. Nie stanowi to w ocenie Izby podanie sposobu obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem sposobu wyliczenia kwoty podatku VAT.

Jednakże z uwagi na wynikającą z postanowień s.i.w.z. zasadę wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, w niniejszej sprawie nie jest wystarczające poprzestanie na konstatacji, iż ponieważ Odwołujący zobowiązany jest do

wykonania zamówienia za cenę brutto wskazaną w ofercie, to przy braku błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, oferta ta powinna zostać zaakceptowana przez Zamawiającego jako zgodna z postanowieniami s.i.w.z. Wynagrodzenie kosztorysowe oznacza bowiem, iż cena oferty brutto nie stanowi kwoty, za którą wykonawca zobowiązuje się do wykonania całości zamówienia (jak to ma miejsce przy wynagrodzeniu ryczałtowym), lecz stanowi wycenę elementów przedmiotu zamówienia, w której kluczowe znaczenie mają ceny jednostkowe netto, według których nastąpi faktyczne rozliczenie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem stałość i niezmienność ceny takiej oferty odnosi się w tym przypadku *de facto* nie do ceny brutto za całość wykonania przedmiotu zamówienia, lecz do poszczególnych cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, które są wyrażone w wartościach netto. Z uwagi na to, że przy ocenie ofert brane są pod uwagę i porównywane ceny brutto poszczególnych ofert, powoduje to konieczność odniesienia się do tego czy ustalona przez Odwołującego jednolita stawka podatku VAT 7% jest właściwa. Odmienne niż przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie można stwierdzić, iż ewentualne zniżenie tej stawki nie będzie miało negatywnych skutków dla Zamawiającego, który zobowiązany jest do zapłaty nie więcej niż wartość brutto oferty. Od początku bowiem wartość brutto oferty przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie stanowi ostatecznej kwoty, za którą zostanie wykonany przedmiot zamówienia, gdyż przyjęcie takiego systemu wynagradzania oznacza, iż zamawiający liczy się z tym, iż wynagrodzenie to może być niższe lub wyższe niż wynikające z zakresu prac odzwierciedlonego w przygotowanym przedmiarze robót, w zależności od tego co wskaże obmiar robót faktycznie wykonanych na podstawie zawartej umowy. Zatem w razie zniżenia przez Odwołującego stawki podatku VAT, wykonanie zamówienia na podstawie tej oferty oznaczałoby dla Zamawiającego konieczność zwiększenia wynagrodzenia wynikającego z konieczności doliczenia do wartości robót netto ustalonych obmiarem kwoty podatku VAT według wyższej stawki.

Niesporna było między Stronami, iż budynek mieszkalny Domu Pomocy Społecznej w Kole należy zaliczyć według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, stanowiącej załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316, z późn. zm.) do *Budynków instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych itp.* mieszczących się w klasie 1264 *Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej*. Niesporne między stronami było również, iż zgodnie z przepisem art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług preferencyjną stawkę podatku w wysokości 7 % (wskazaną w ust. 2 art. 41), stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Natomiast z

przepisu art. 41 ust. 12 a tej ustawy wynika, iż do tego budownictwa zalicza się również obiekty sklasyfikowane w PKOB w klasie ex 1264, to jest wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Ponadto zgodnie z przepisem § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2009 r. Nr 224, poz. 1799), w okresie do dnia 31 grudnia 2010 r. 7% stawkę preferencyjną stosuje się również w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych dotyczących między innymi obiektów sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych we wskazanej powyżej klasie ex 1264, w zakresie, w jakim wymienione roboty i remonty, obiekty lub ich części nie są objęte tą stawką na podstawie art. 41 ust. 12-12c wykonywanej ustawy.

Natomiast według stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, preferencyjna stawka nie może mieć zastosowania do będącej odrębnym budynkiem kotłowni, którą należy według klasyfikacji PKOB zaliczyć do klasy 1251 *Budynki przemysłowe*. Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania oparł się na otrzymanym 4 lutego 2011 r. piśmie z 25 stycznia 2011 r., w którym „GUS wyjaśnił, iż budynek kotłowni należy zaliczyć do PKOB 1251 - budynki przemysłowe, wskazując, że nie jest obiektem budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12 a ustawy o VAT, i nie ma do niego zastosowania stawka preferencyjna”. Izba stwierdza, iż w treści przywołanego pisma GUS nie mógł i nie odniósł się do tego czy do budynku kotłowni ma zastosowanie stawka podatku wynikająca z przepisu art. 41 ust. 12 a ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż nie jest organem do tego uprawnionym. Natomiast odpowiedź GUS dotyczyła możliwych sposobów klasyfikacji według PKOB: budynku Domu Pomocy Społecznej – wskazano klasę 1130 *Budynki zbiorowego zamieszkania* lub klasę 1264, gdyż Zamawiający nie sprecyzował w pytaniu, czy w budynku jest świadczona opieka medyczna, i budynku kotłowni – wskazano klasę 1251, gdyż Zamawiający wskazał, iż kotłownia jest budynkiem wolno stojącym, odrębnym od budynku DPS. Odpowiedź ta została udzielona w odpowiedzi na pytanie „jak należy zaklasyfikować budynek DPS, a jak budynek kotłowni” i nie przesądza wcale o tym jaką stawkę podatku należy zastosować do roboty budowlanej dotyczącej montażu systemu solarnego w budynku mieszkalnym Domu Pomocy Społecznej obejmującej również wykonanie przyłącza ciepłego do budynku kotłowni DPS.

Izba zważyła przy tym, iż redakcja przepisu art. 41 ust. 12 a ustawy o podatku od towarów i usług wskazuje na „budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską”, a nie na „budynki świadczące usługi (...)”, co wydaje się odnosić wymóg świadczenia tych usług do instytucji, a nie do funkcji

pełnionych przez konkretne budynki. Nie znajduje przy tym uzasadnienia stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, iż z przepisu art. 41 ust. 12 i 12 a ustawy o podatku od towarów i usług oraz § 37 przywołanego powyżej rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy wynika, iż wyłącznie dla prac wykonywanych w obrębie bryły budynku Domu Pomocy Społecznej właściwa jest stawka 7% a dla prac wykraczających poza bryłę tego budynku należy stosować stawkę 22%. Zamawiający wskazał jako argument interpretację indywidualną z 17 czerwca 2010 r. o sygn. ITPP1/443-301/10/MS dotyczącą instalacji kolektora słonecznego, której jednak nie złożył do akt sprawy, poprzestając na wskazaniu, iż jest dostępna na stronie internetowej Ministerstwa Finansów. Zważyć przy tym należy, iż indywidualne interpretacje podatkowe są wydawane są na podstawie art. 14 a Ordynacji podatkowej w sprawach indywidualnych, dotyczą konkretnego i ściśle opisanego stanu faktycznego, nie mają natomiast rangi interpretacji ogólnych, które mogą mieć zastosowanie uniwersalne. Z drugiej strony to orzecznictwo sądów administracyjnych, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wskazuje ogólne dyrektywy (zasady) związane z interpretacją przepisów prawa, służąc zapewnieniu jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego.

W ocenie Izby skoro zasadniczym przedmiotem i celem zamówienia jest wykonanie montażu systemu solarnego w budynku mieszkalnym Domu Pomocy Społecznej, dla którego działania niezbędne jest wykonanie przyłącza ciepłego do budynku kotłowni Domu Pomocy Społecznej, nie można uznać, iż Odwołujący nieprawidłowo przyjął, iż dla całej inwestycji prowadzonej w tym celu i w przeważającej części fizycznie związanej z budynkiem mieszkalnym – właściwa jest jedna, preferencyjna 7 % stawka wynikająca z przywołanych powyżej przepisów prawnopodatkowych. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 3 grudnia 2009 roku (sygn. akt I SA/Wr 1435/09) wyrażone na tle odpowiadającego brzmieniu przepisu § 37 aktualnie obowiązującego przepisu § 6 ust. 2 pkt 1 poprzednio obowiązującego rozporządzenia. *W ocenie Sądu stanowisko Ministra Finansów jakoby z obowiązujących w przedstawionym stanie faktycznym sprawy przepisów wynikało, że tego typu usługę można opodatkować obniżoną stawką wyłącznie w odniesieniu do usługi wykonanej w bryle budynku jest błędne. Z § 6 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia z dnia 28 listopada 2008 r. w żaden sposób nie da się wysnuć wniosku, że regulacja ta dotyczy robót budowlano-montażowych wykonanych wewnątrz budynku. Ustawodawca nie zawarł bowiem w jego treści wyrażenia „wewnątrz” lub „w”. Określił natomiast, że roboty te mają dotyczyć (podkreślenie Sądu) obiektów budownictwa mieszkaniowego. Nie można zatem postawić znaku równości między słowami „dotyczy” i „wewnątrz” bądź „w”. Ich znaczenie jest bowiem zgoła odmienne. W ocenie Sądu wyrażenie „dotyczy” jest na tyle pojemnym pojęciem, że mieści się w nim usługa wykonania*

przyłącza gazowego również poza bryłą budynku na odcinku, o którym mowa w § 2 pkt 4 ww. rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 kwietnia 2004 r. Przyłącze to jest w opisanym stanie faktycznym integralną częścią budynku mieszkalnego i znajduje się, bo i musi się znajdować również poza tym budynkiem i stanowi zgodną z założeniami projektowymi infrastrukturę techniczną niezbędną dla użytkowania obiektu mieszkalnego. Wykonanie zaś takiego przyłącza jest, jak prawidłowo podniosła Skarżąca jedną i kompleksową usługą, w stosunku do której nie może być mowy, że zastosowanie właściwej stawki podatku uzależnione jest od miejsca przeprowadzenia takiego przyłącza. Dzielenie takiej usługi, która zapewne jest wieloetapowa byłoby sprzeczne z racjonalnością ustawodawcy. Oznacza to zatem, że usługa ta objęta jest w całości 7% stawką podatku od towarów i usług. Wyciąganie odwrotnych wniosków nie ma więc uzasadnienia prawnego.

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie dotyczy co prawda wykonania przyłącza gazowego, lecz wykonania montażu systemu solarnego wraz z przyłączem ciepłym, które również nie mogło w uwarunkowaniach technicznych Zamawiającego nie wykraczać „poza obręb” budynku mieszkalnego Domu Pomocy Społecznej, skoro kotłownia jest zlokalizowana w odrębnym budynku. Izba zważyła nadto, że wspomniane orzeczenie zapadło na tle odwołania się do ogólniejszych tez Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wojewódzki Sąd Administracyjny wskazał bowiem na to, iż ETS w wyroku C-349/96 Card Protection Plan Ltd. oraz C-41/04 Levob Verzekeringen BV wypowiedział się przeciwko sztucznemu dzieleniu usługi w celu opodatkowania różnymi stawkami podatku od towarów i usług, nawet jeżeli składa się ona z kilku różnych świadczeń. Wobec tego w ocenie Izby przywołane w takim kontekście orzeczenia WSA i ETS wskazują, iż również w niniejszej sprawie niewłaściwe byłoby dzielenie montażu systemu solarnego w budynku Domu Pomocy Społecznej, stanowiącego jedno integralne zadanie inwestycyjne, na czynności obłożone odrębnymi stawkami podatku VAT. W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający rozumiał zamówienie jako całość, co przejawia się m. in. w nazwie nadanej zamówieniu, w której to jednolitą nazwą objęte zostały wszystkie roboty i usługi składające się na zamówienie, bez wyodrębniania różnych części zamówienia, a także, co zostało podniesione przez Odwołującego i czemu nie zaprzeczył Zamawiający ani Przystępujący, iż zakres robót wykonywanych poza budynkiem mieszkalnym DPS stanowi niewielką wartościowo część przedmiotu zamówienia (około 20 procent).

W toku postępowania odwoławczego na rozprawie okazało się zresztą, iż Zamawiający nie jest w stanie wskazać jak dokładnie miały przebiegać podział pomiędzy częściami przedmiotu zamówienia, dla których właściwa jest stawka preferencyjna, a częściami zamówienia dla których należało zastosować stawkę podstawową. Zamawiający ograniczył się przy badaniu ofert do konstatacji, iż spośród trzech wariantów zastosowanych

w złożonych ofertach (trzecim był zastosowanie dla całości przedmiotu zamówienia stawki podstawowej), jedynym właściwym było zastosowanie stawki preferencyjnej dla budynku (mieszkalnego) Domu Pomocy Społecznej, a dla budynku kotłowni stawki podstawowej. Przebieg rozprawy ukazał jednak, iż przy sposobie określenia przedmiotu zamówienia zastosowanym przez Zamawiającego oraz przygotowanym przedmiarze robót nie sposób dokonać precyzyjnego podziału wedle takiego ogólnikowego kryterium, gdyż nie przystaje ono do stanowiącego jedną funkcjonalną całość zadania inwestycyjnego, którego wiele elementów opisanych w przedmiarach robót znajduje się zarówno w jednym jak i drugim budynku (np. instalacja elektryczna). Wobec tego, iż Zamawiający nie był w stanie takiego podziału przeprowadzić, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można stwierdzić, iż w każdej z ofert sporządzonych według „wariantu” uznanego przez Zamawiającego za poprawny z uwagi na zastosowanie dwóch stawek, szczegółowy podział zakresu przedmiotu zamówienia poddanej danej stawce *de facto* okazałby się odmienny. Również ten wzgląd przemawia za koniecznością uznania, iż całe zadanie inwestycyjne objęte przedmiotem zamówienia należy uznać za podlegające jednej stawce podatku VAT, gdyż stanowi ono integralną funkcjonalnie całość, której nie sposób rozbić, chociażby nawet na potrzeby oceny prawnopodatkowej.

W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał w jaki sposób Zamawiający mógł naruszyć przepis art. 2 ust. 5 pzp, wskazujący w ramach słownika pojęć tej ustawy definicję ceny. Natomiast zarysowany w odwołaniu zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 pzp należy przede wszystkim uznać za spóźniony, gdyż mógłby on zostać skutecznie podniesiony w odpowiednim terminie w drodze złożenia odwołania na postanowienia s.i.w.z. przed terminem składania ofert. Ponadto w toku rozprawy Odwołujący wskazał, iż nie zarzuca Zamawiającemu wprowadzenia w błąd, a opis przedmiotu zamówienia umożliwił mu sporządzenie oferty, w tym dokonanie jej wyceny. Odwołujący w ogóle nie wskazał na czym miałyby polegać ze strony Zamawiającego nadużycie prawa podmiotowego odpowiadające dyspozycji przepisu art. 5 kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła jednak, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w wyniku którego doszło do również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy, miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i uzasadnionych kosztów strony przeciwnej, w ramach których uwzględniono wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....