

Sygn. akt KIO/UZP 917/09

WYROK
z dnia 29 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „ARKONA” Janusz Kotula Usługi Projektowo-Budowlane, „ARCHIKWANT” Michał Kotula Usługi Projektowo-Budowlane Konserwacja Zabytków, ul. Wierzbowa 3, 41-908 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejską Galerię Sztuki w Łodzi, ul. H. Sienkiewicza 44, 90-009 Łódź** protestu z dnia 30 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejską Galerię Sztuki w Łodzi, ul. H. Sienkiewicza 44, 90-009 Łódź

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 **Konsorcjum: „ARKONA” Janusz Kotula**

Usługi Projektowo-Budowlane, „ARCHIKWANT” Michał Kotula Usługi Projektowo-Budowlane Konserwacja Zabytków, ul. Wierzbowa 3, 41-908 Bytom,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 388 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Miejską Galerię Sztuki w Łodzi, ul. H. Sienkiewicza 44, 90-009 Łódź** na rzecz **Konsorcjum: „ARKONA” Janusz Kotula Usługi Projektowo-Budowlane, „ARCHIKWANT” Michał Kotula Usługi Projektowo-Budowlane Konserwacja Zabytków, ul. Wierzbowa 3, 41-908 Bytom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: „ARKONA” Janusz Kotula Usługi Projektowo-Budowlane, „ARCHIKWANT” Michał Kotula Usługi Projektowo-Budowlane Konserwacja Zabytków, ul. Wierzbowa 3, 41-908 Bytom.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem „wykonanie dokumentacji techniczno-budowlanej i konserwatorskiej, projektowo-kosztorysowej dla realizacji zadania pt: Prace konserwatorskie, restauratorskie i modernizacyjne Willi Kindermanna w Łodzi, ul. Wólczańska 31/33, realizowane przez Miejską Galerię Sztuki.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2009 r., pod nr 17466-2009.

W dniu 30 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając

Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z 2004 r. z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o VAT i wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego się.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający w sposób wadliwy przyjął, że dla całości zamówienia musi zostać zastosowana jednolita stawka podatku VAT, a w konsekwencji, iż oferta Odwołującego się zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu się wadliwego zastosowania stawek podatku VAT. Odrzucenie oferty nastąpiło z tego jedynie powodu, że zdaniem Zamawiającego, istnieje obowiązek zastosowania dla całości zamówienia jednolitej stawki podatku VAT. Wbrew zapatrywaniom Zamawiającego, w opinii Odwołującego się, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika wniosek zupełnie odmienny (sygn. akt KIO/UZP 95/09, KIO/UZP 107/09, KIO/UZP 210/09, KIO/UZP 236/09, 234/09, 255/09, KIO/UZP 584/09).

Odwołujący się wskazuje również, że Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się o wyjaśnienie, dlaczego program - projekt prac konserwatorskich jest zwolniony z podatku VAT. W odpowiedzi Odwołujący się poinformował, iż podstawą prawną zwolnienia jest przepis art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT. Zaś, odrzucając ofertę Odwołującego się, Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do złożonego wyjaśnienia.

W treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, jakie stawki podatku VAT winny znaleźć zastosowanie, ograniczając się do stwierdzenia, że "każdy Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu wyłącznie jedną ofertę, w której musi być zaoferowana tylko jedna ostateczna cena, uwzględniająca wszelkie rabaty, upusty, opłaty celne, itp. oraz podatek VAT (pkt 10 5 SIWZ)". Ponadto, to na wykonawcy ciąży określenie prawidłowej stawki podatku VAT (sygn. akt KIO/UZP 203/09 i 219/09). Odwołujący się wskazuje również, iż na gruncie przepisów ustawy o VAT, zastosowanie różnych stawek podatku do różnych usług jest prawidłowe. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dotyczącym problematyki usług złożonych, jedna stawka podatku VAT stosowana ma być wtedy, kiedy dochodzi do świadczenia szeregu usług, spośród których jedna z nich jest usługą zasadniczą, a inne - usługami pomocniczymi. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 września 2007 r. (III SA/Wa

709/07) oraz wyrok ETS z dnia 25 lutego 1999 r., nr C-349/96 (LEX nr 83891), wyrok ETS z dnia 26 września 1996 r., nr C-327/94 (LEX nr 83947).

Wobec powyższego Odwołujący się stwierdza, że dla prawidłowego zastosowania w niniejszej sprawie jednej stawki podatku, konieczne byłoby wyodrębnienie jednej usługi zasadniczej oraz usług do niej pomocniczych, których celem jest jedynie zapewnienie "właściwego wykorzystania usługi zasadniczej". Tymczasem, żadnej z pozycji opisu przedmiotu zamówienia nie sposób przypisać przymiotu usługi zasadniczej, dla której usługi objęte pozostałymi pozycjami są jedynie usługami pomocniczymi.

W dniu 1 lipca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający stoi na stanowisku, iż zgodnie z ustawą o VAT, w przypadku powyższego postępowania winna być stosowana jednolita stawka podatku VAT, co pośrednio wynika z art. 29 ust. 1 ustawy o VAT. Przedmiotem zamówienia była bowiem usługa kompleksowa, której elementy powiązane są tak ściśle, że w aspekcie gospodarczym tworzą jedną całość i wydzielenie z niej części, w celu zastosowania obniżonej stawki VAT, ma charakter sztuczny. Powyższe potwierdza również orzecznictwo (wyrok ETS z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04).

Słuszność takiego stanowiska Zamawiający wywodzi z interpretacji dotyczących art. 6 ustawy Pzp, z których wynika dla Zamawiającego obowiązek stosowania dla całego zamówienia jednej właściwej stawki podatku VAT.

W dniu 6 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy o VAT) i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podnosi, że ani Zamawiający, ani Odwołujący się, ani wreszcie Krajowa Izba Odwoławcza nie są uprawnione do dokonywania interpretacji prawa podatkowego. Interpretacji takiej dokonują organy podatkowe wydając decyzje w sprawach indywidualnych, bądź też Minister Finansów w trybie art. 14a ordynacji podatkowej. Przywołane przez Zamawiającego orzeczenia, a tym bardziej bliżej nieokreślone "indywidualne interpretacje prawa", zostały wydane w okolicznościach konkretnych spraw i nie mogą znajdować wprost zastosowania do niniejszego postępowania.

W dniu 14 lipca 2009 r. Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przepisy ustawy o VAT stauują dla podatnika uprawnienie i jednocześnie obowiązek określenia stawki podatku VAT (art. 106). Jakkolwiek Zamawiający dokonuje oceny

poprawności złożonych w postępowaniu ofert, to możliwość kwestionowania stawki podatku VAT jest bardzo ograniczona. W istocie, Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Elementem ceny jest podatek VAT, zatem Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić weryfikację również w tym zakresie. Jednakże jego działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., nr 8, poz. z późn. zm.). Ustawa Pzp nie stanowi bowiem jakiś szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. Skoro tak, to uznać należy, że Zamawiającemu przysługuje tyle uprawnień, ile wynika z ustaw podatkowych.

Jak wskazano wyżej, to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT.

Sytuacja powyższa mogłaby ulec zmianie, gdyby Zamawiający dysponował interpretacją indywidualną w rozumieniu przepisu art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa. Zamawiającemu, jako zainteresowanemu, przysługuje uprawnienie do złożenia wniosku do Ministra Finansów o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie. Wniosek może dotyczyć zarówno zaistniałego stanu faktycznego, jak również zdarzeń przyszłych (art. 14b § 2 ustawy Ordynacja podatkowa). Interpretacja, stanowiąc ocenę stanowiska wnioskodawcy, w istocie stanowi podstawę do podjęcia określonych decyzji przez podatnika, a zastosowanie się do niej nie może szkodzić wnioskodawcy (art. 14k § 1 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, organy podatkowe, jak i organy kontroli skarbowej nie mogą obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy, który przyjął za prawidłowe stanowisko wynikające z interpretacji.

Powyższe wskazuje, że jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów. Zaś, prawidłowość przedmiotowej interpretacji podlega ocenie sądu administracyjnego (art. 14c § 1 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 3 § 2 pkt 4a ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym (Dz. U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 ze zm.). Zatem, jeśli Zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w SIWZ, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy.

Zatem, w niniejszej sprawie za nieuprawnione należy uznać dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego się, na podstawie przekonania Zamawiającego o konieczności zastosowania w przedmiotowym zamówieniu jednolitej stawki VAT. Zamawiający, nie dysponując interpretacją indywidualną, nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku

VAT, a w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego się. Zwrócić należy również uwagę, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż podjęta decyzja była słuszna (art. 6 k.c.). W niniejszej sprawie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się nie wskazując podstawy prawnej wynikającej z ustaw podatkowych, ale powołując się na orzecznictwo arbitrażowe w tym zakresie. Zaś, w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazuje, iż pośrednio ten obowiązek wynika z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy o VAT. Tymczasem, wskazany przepis odnosi się do podstawy opodatkowania, którą stanowi obrót, a nie do zakresu opodatkowania, który został określony w dziale II ustawy o VAT, czy też wysokości opodatkowania (dział VIII ustawy o VAT). To bowiem przedmiot, a nie podstawa opodatkowania, determinuje wysokość podatku. Ponadto, absolutnie nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż pomocny w tym zakresie jest również przepis art. 6 ustawy Pzp. Wskazana regulacja dotyczy tzw. zamówień mieszanych, rozstrzygając kwestię właściwości przepisów, w żadnym razie zaś nie stanowi o kwestiach podatkowych. Jakiegokolwiek posiłkowanie się przedmiotową regulacją w zakresie wysokości stawki podatku VAT jest niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej (art. 6 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, wszelkie kwestie dotyczące sfery podatkowej muszą wynikać z tychże ustaw, a nie z treści SIWZ, czy też pośrednio z innych dokumentów, na które wskazuje zamawiający, tj. z „Szacunkowego wystawienia kosztów programu-projektu prac konserwatorskich i restauratorskich w Willi Kindremanna w Łodzi przy ul. Wólczańskiej 31/33” oraz z dokumentu „Określenie zakresu rzeczowego oraz preliminowanych kosztów opracowania dokumentacji techniczno-budowlanej, projektowo-kosztorysowej dla planowanego zadania inwestycyjnego pt. „Prace konserwatorskie, restauratorskie i modernizacyjne Willi Kindermanna” realizowanego przez Miejską Galerię Sztuki w obiekcie przy ul. Wólczańskiej 31/33.”

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Rozstrzygnięcie w przedmiocie przepisu art. 43 ust. 1 pkt 1 i 8 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług pozostaje poza kognicją Izby, z powodów o których była mowa wyżej.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 pkt 1 i 1 a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3.600, 00 zł oraz koszty związane z dojazdem w kwocie 241,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....