

**WYROK**  
z dnia 18 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: **Piotr Kozłowski**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 maja 2010 r. przez **„VARIA-APD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-204 Warszawa, ul. Słomińskiego 1** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, 01-225 Warszawa, ul. gen. Józefa Bema 70**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty **„VARIA-APD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-204 Warszawa, ul. Słomińskiego 1** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, 01-225 Warszawa, ul. gen. Józefa Bema 70** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez **„VARIA-APD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-204 Warszawa, ul. Słomińskiego 1,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **13599 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, 01-225 Warszawa, ul. gen. Józefa Bema 70** na rzecz **„VARIA-APD” spółka z ograniczoną**

**Sygn. akt KIO 1053/10**

**odpowiedzialnością, 00-204 Warszawa, ul. Słomińskiego 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „ocieplenie ścian zewnętrznych, prześwitów bramowych, stropu nad ostatnią kondygnacją wraz z kolorystyką elewacji i remontem balkonów oraz kominów w budynku mieszkalnym przy ul. Ogrodowej 67 w Warszawie, zgodnie z decyzją PINB”.

24 maja 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacji Budowlanej „DARCO” Dariusz Żak, 26-600 Radom, ul. Kurpińskiego 30 (lider) i „BUD-ROM” Usługi Remontowo-Budowlane Danuta Pisarska, 27-100 Iłża, Jasieniec Iłżecki Górny 56 oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, z uwagi na to, iż w formularzu oferty – załączniku nr 1A do s.i.w.z. przyjął niewłaściwe dane do obliczenia ceny, wyceniając wartość robót ujętych w pkt. I „Ocieplenie ścian zewnętrznych” z uwzględnieniem dwóch stawek podatku VAT, tj. 7 % i 22%, zamiast jednej stawki wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia tzn. preferencyjnej stawki VAT w wysokości 7%.

28 maja 2010 r. (pismem z 27 maja 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od odrzucenia swojej oferty oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego – zawierającej prawidłowe stawki VAT oraz przez dokonanie wyboru oferty nr 7 złożonej przez Konsorcjum z Liderem – Korporacją Budowlana DARCO Dariusz Żak z siedzibą przy ul. Kurpińskiego 30, 26-600 Radom, która powinna podlegać odrzuceniu, a także przez nieodrzucenie ofert Firm: F R-B „EKO-DACH”, PUH „ROB-BUD”, „JOBI-POLSKA” sp. z o.o., P.R.B. „PERBUDMIX” sp.j.; „AGROPLAST” sp. z o.o; F.P.H „RAMAR” Gajowy Rafał; F.B. „BUD-WAR”, Z.B-R-I „JANTA” Jan Bąk – choć wszystkie te oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny polegające na nieprawidłowym zastosowaniu stawki podatku VAT.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie

## Sygn. akt KIO 1053/10

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Nr 7 złożonej przez Konsorcjum z liderem – Korporacją Budowlaną „DARCO” Dariusz Żak z siedzibą przy ul. Kurpińskiego 30, 26-600 Radom.
2. Odrzucenia ofert wykonawców z błędnie naliczonym podatkiem VAT.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż w trakcie postępowania przetargowego Zamawiający dokonał zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) w Załączniku nr 1A do Formularza oferty z dnia 23.04.2010 *Zbiorcze zestawienie kosztów* przez wykropkowanie wysokości % podatku VAT i dopisanie sformułowania: „należy wpisać właściwą stawkę podatku VAT ustaloną wg obowiązujących przepisów Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004r. nr 54 poz. 535)” oraz dodanie do pkt 4 s.i.w.z. pkt. 8 o treści: „Obliczenie ceny oferty z zastosowaniem stawki podatku VAT ustalonej wg obowiązujących przepisów Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. nr 54 poz. 535)”. Stosując się do tych dyspozycji Odwołujący zastosował prawidłowe stawki VAT dla poszczególnych rodzajów robót i tak: dla robót remontowo-budowlanych budynku mieszkalnego przyjęto stawkę w wysokości 7% dla robót ujętych w pozycjach kosztorysowych: *Szczegółowy zakres robót pt. Ocieplenie ścian zewnętrznych* – dział nr 1, od poz. 1 do 17 oraz *Szczegółowy zakres robót pt. Remont balkonów, prześwitu bramowego, ocieplenie stropu ostatniej kondygnacji oraz wymiana stolarki budowlanej* – dla wszystkich pozycji, natomiast dla infrastruktury zewnętrznej przyjęto stawkę w wysokości 22% VAT dla robót ujętych w pozycjach kosztorysowych: *Szczegółowy zakres robót pt. Ocieplenie ścian zewnętrznych* – dział nr 2, od poz. 18 do 23. Zastosowanie powyższych stawek VAT wynika z ustawy o podatku od towarów i usług, która jednoznacznie nakazuje rozdzielenie stawki VAT dla robót remontowo-budowlanych budynków mieszkalnych i dla robót związanych z infrastrukturą przy budynkach mieszkalnych. Art. 146 ust. 2 tej ustawy mówi, iż elementy infrastruktury towarzyszącej są odrębnym przedmiotem opodatkowania, niemieszczącym się w definicji obiektów budownictwa mieszkaniowego. Wobec tego zastosowano stawkę 7% VAT dla robót wykonywanych w bryle budynku, natomiast dla pozostałych robót, związanych z infrastrukturą towarzyszącą budynkowi mieszkalnemu, została zastosowana stawka podatku VAT 22%. Ze znowelizowanych przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz.1336;

## Sygn. akt KIO 1053/10

w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2008 r.) wynika, iż preferencyjna, 7% stawka podatku nie dotyczy stawek stosowanych do budowy, remontów i konserwacji obiektów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, co oznacza, iż roboty te podlegają opodatkowaniu według stawki 22%. Zgodnie z ustawą o VAT zabronione jest stosowanie jednej wspólnej stawki VAT w przypadku gdy w zakresie robót (niezależnie od ich wzajemnej wartości) występują prace o konieczności zróżnicowania stawki podatku VAT. Zastosowanie dla powyższego zamówienia jednej stawki VAT, jak to sugeruje Zamawiający, byłoby niezgodne z ustawą VAT, powodując tym samym uszczerbek finansowy Skarbu Państwa.

Dla Odwołującego niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, że „biorąc pod uwagę zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, opaska, mimo, że wykracza poza obrys bryły budynku stanowi element integralnie powiązany z elewacją budynku, bez którego wykonanie ocieplenia byłoby technologicznie niemożliwe i niezgodne ze sztuką budowlaną”. Stwierdzenie powyższe świadczy o braku wiedzy do czego służy opaska wokół budynku i w jaki sposób prawidłowo ją wykonać. Połączenie opaski na trwale z ociepleniem z pewnością jest niezgodne ze sztuką budowlaną. Opaska wokół budynku porządkuje teren przy ścianach budynku, ale nie ma konieczności jej robienia, a czasem wręcz nie należy jej robić. Opaska wokół budynku na pewno nie może być elementem integralnie powiązany technologicznie z ociepleniem budynku. Opaska wokół budynku występuje na styku ścian zewnętrznych budynku i jest wykonywana poza jego obrębem i w żadnej swojej części nie jest fizycznie trwale związana z jego bryłą (a tym bardziej z ociepleniem). Wykonanie opaski w zakresie przedstawionym w zamówieniu w załączniku do s.i.w.z. pt. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: poz. 18 – Ręczne rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych; poz. 19 – Rozebranie chodników, wysepek przystankowych i przejść dla pieszych; poz. 20 – Ręczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni i chodników; poz. 21 – Obrzeża betonowe na podsypce piaskowej; poz. 22 – Podsypka piaskowa z zagęszczeniem ręcznym; poz. 23 – Obrzeża betonowe; poz.24 – Opaska z kostki brukowej betonowej kolorowej gr. 6 cm na posypce piaskowej*, według Odwołującego nie mieści się w pojęciu robót remontowych i modernizacyjnych budynku mieszkalnego, a jest jego infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu. Opaskę wokół budynku wykonuje się głównie ze względów estetycznych, a prawidłowe jej wykonanie wymaga oddzielenie jej od ściany szczeliną dylatacyjną. W przeciwnym razie mogłaby napierać na ścianę, na przykład pod wpływem mrozu czy chodzenia po niej, a osiadając, niszczyłaby izolację na zewnętrznej powierzchni ściany. Skuteczną dylatacją jest odsunięcie pierwszego rzędu kostki na odległość około 20 cm od ściany budynku i wypełnienie piaskiem powstałej szczeliny. Ponadto duże znaczenie dla konieczności i rodzaju wykonania opaski

## **Sygn. akt KIO 1053/10**

ma przepuszczalność gruntu wokół fundamentów oraz jego odpowiednie zagęszczenie. W Polsce bardzo zakorzeniony jest zwyczaj wykonywania wokół budynków opasek, które jakoby mają chronić fundamenty przed wodą opadową. W rzeczywistości taki monolityczny chodnik utrudnia jednak parowanie wilgoci z gruntu a ponieważ sam z czasem pęka, więc i tak przestaje spełniać funkcję, a w dodatku szpeci budynek. Materiał na opaskę nie powinien zatem zatrzymywać wody i należy go dobrać do rodzaju gruntu (przepuszczalny lub nieprzepuszczalny), na jakim stoi budynek. Opaska wokół budynku powinna być uformowana na terenie ze spadkiem około 2% na zewnątrz, aby skapująca na nią woda rozpryskiwała się w kierunku trawnika a nie budynku.

Ponadto, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie uwzględnił jego wyjaśnień, pomimo załączenia interpretacji Ministerstwa Finansów, uznając je jako wyłącznie interpretacje indywidualne przepisów prawa podatkowego, a sam przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej do indywidualnych przypadków jako przyjęte stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Żaden z pozostałych wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 23533 z 9 kwietnia 2010 r. pod poz. 99746, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.zgnwola.waw.pl](http://www.zgnwola.waw.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 1132036,80 zł, co stanowi równowartość 294 878,04 euro.

Zgodnie z pkt. 18 ppkt 5 s.i.w.z. cena brutto oferty stanowi kryterium oceny o wadze 96%, pozostałe kryteria oceny, to termin wykonania – waga 1 % oraz okres gwarancji – waga 3 %. Z uwagi na różnice cen pomiędzy złożonymi ofertami oraz zaoferowane terminy realizacji oraz okresy gwarancji pozostałe kryteria nie zmieniają rankingu ofert wynikającego z ich uszeregowania pod względem kryterium najniższej ceny brutto. Odwołujący złożył ofertę z ceną 1198862,82 zł, która jest 9. pod względem tego kryterium, z tym, że: wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną został wykluczony, wybrany wykonawca złożył ofertę z ceną 715931,92, a we wszystkich ofertach tańszych od oferty Odwołującego zastosowano jednolitą stawkę VAT 7% dla całego przedmiotu zamówienia.

W *Formularzu oferty* – załączniku nr 1 do s.i.w.z. Zamawiający wymagał podania wyłącznie ceny brutto jako ceny podlegającej ocenie.

W pierwotnym brzmieniu Załącznika nr 1A do formularza oferty *Zbiornicze zestawienie kosztów* w pkt I Ocieplenie ścian zewnętrznych oraz w § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający określił stawkę podatku VAT w wysokości 7%.

23 kwietnia 2010 r. (pismo ZP/LW.342-TN/13/114/2010) Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 zadane przez Odwołującego: „Czy w załączniku nr 1A do formularza oferty, oraz w paragrafie 8 ust. 1 Umowy należy zastosować zapis „+7% VAT”, czy zastosować stawki VAT według obowiązującej Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 Nr 54 poz. 535 z późniejszymi zmianami)?”, dokonał następujących zmian:

- treści s.i.w.z., poprzez dodanie do pkt. 4 *Wymagania i warunki, które muszą spełniać Wykonawcy* pkt. 8: „Obliczenie ceny oferty z zastosowaniem stawki podatku VAT ustalonej wg obowiązujących przepisów Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. 2004 r. nr 54 poz.535)”,
- treści ogłoszenia o przetargu nieograniczonym i w pkt. 24 ppkt 3 s.i.w.z., poprzez dodanie postanowienia umożliwiającego dokonanie zmian istotnych postanowień umowy o następującym brzmieniu: „możliwość zmiany stawki podatku VAT – jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu umowy ulegnie zmianie stawka podatku VAT lub jeżeli organ podatkowy ustanowi zmianę stawki podatku VAT w drodze interpretacji indywidualnej. Skutki finansowe wynikające z powyższego zostaną uwzględnione przez Zamawiającego, po uprzednim wprowadzeniu do niniejszej umowy stosowanych ustaleń w tym zakresie”,
- treści Załącznika nr 1A do s. i. w. z., wprowadzając w jego miejsce „Załącznik nr 1A z dnia 23.04.2010 r.” oraz treści § 8 ust.1 wzoru umowy – wykreślając wpisaną stawkę podatku VAT w wysokości 7% i wstawiając w to miejsce puste pola.

## Sygn. akt KIO 1053/10

W projekcie budowlanym w części I *Opis techniczny* w ostatnim akapicie na stronie 14 zapisano, iż „z uwagi na fatalny stan opaski wokół budynku – złe spadki w stronę budynku, duże ubytki, zróżnicowany materiał (beton, asfalt, płytki chodnikowe) konieczne jest uporządkowanie opaski. Należy rozebrać istniejącą opaskę i wykonać nową ułożoną z kostki Bauma, grubości 6 cm na podsypce cementowo-piaskowej, o szerokości 1.0 metra. Zabezpieczy to nową elewację i uporządkuje estetykę terenu wokół budynku”.

W *Szczegółowym zakresie robót* dla Ocieplenia budynku mieszkalnego przewidziano dział I CPV 45000000 – Roboty elewacyjne – pozycja od 1 do 17 oraz dział II Remont opaski (bez podania CPV) – pozycja od 18 do 23.

Odwołujący w Załączniku nr 1 A do formularza oferty w pkt I. Ocieplenie ścian zewnętrznych wpisał: w polu wartość robót netto: „(765.729,98 zł + 24.296,26 zł) = 790.026,20 zł”, w polu na podanie stawki podatku VAT: „7 % x 765729,98 zł = 63601,10 zł + 22% x 24296,26 zł = 5345,17 zł”, a w polu wartość robót brutto: „848.972,47 zł”.

10 maja 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących uwzględnienia przez Wykonawcę dwóch stawek VAT w obliczeniu ceny ofertowej, w szczególności do podania rodzaju robót, przy wycenie których zastosował 22% stawkę podatku VAT wraz z uzasadnieniem zastosowania stawki podatku VAT w takiej wysokości.

10 maja 2010 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż dla przyjął stawkę podatku VAT w wysokości 22% dla infrastruktury zewnętrznej, dla robót ujętych w pozycjach kosztorysowych od 18 do 23 zawartych w dziale II Remont opaski *Szczegółowego zakresu robót* dla Ocieplenia budynku mieszkalnego. Ponadto Odwołujący uzasadnił zastosowanie tej stawki dla wskazanych robót tym, iż dotyczą one infrastruktury przy budynkach mieszkalnych, a nie robót remontowo-budowlanych przy budynkach mieszkalnych, jak pozostałe roboty objęte przedmiotem zamówienia, stanowiąc zgodnie z przepisem art. 146 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług odrębny przedmiot opodatkowania, oraz powołał się na dwie indywidualne interpretacje podatkowe wydane przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach: z 9 lipca 2009 r. (sygn. IBPP1/443-503/09/EA) oraz z 7 grudnia 2009 r. (sygn. IBPP2/443-742/09/WN).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z.,



## Sygn. akt KIO 1053/10

oferty Odwołującego, protokołu postępowania oraz na podstawie przywołanych pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 27 kwietnia 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).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż w razie potwierdzenia się zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy pzp odrzucenia jego oferty zostałby pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem prawnym, choć jego oferta jest przedostatnią pod względem kryterium ceny spośród złożonych ofert, w sytuacji, gdy pozostałe kryteria, z uwagi na różnicę zaoferowanych cen, nie mają wpływu na pozycję poszczególnych ofert w rankingu ofert najkorzystniejszych. Izba zważyła jednak, iż we wszystkich tych 8 ofertach zastosowano jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 7% (w tym dla spornej opaski), a zatem ewentualne przywrócenie oferty Odwołującego spowodowałoby, iż Zamawiający uznałby zapewne za konieczne odrzucenie wszystkich pozostałych ofert (z wyjątkiem oferty najdroższej, w której zastosowano stawki VAT jak w ofercie Odwołującego), otwierając tym samym Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego Izby, potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny – przez jego niewłaściwe zastosowanie jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w związku z przyjętą w niej stawką podatku od towarów i usług.

Istotą sporu między Stronami w rozpoznawanej sprawie jest prawidłowość zastosowanej przez Odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 22% przy wyliczeniu

## Sygn. akt KIO 1053/10

ceny za wykonanie opaski wokół budynku, gdyż bezsporne między Stronami jest, iż dla pozostałych prac objętych przedmiotem zamówienia dotyczących termomodernizacji budynku mieszkalnego oraz remontu jego elementów właściwa jest 7% stawka podatku VAT. Obie Strony zgodne są przy tym, co do tego, iż oferta, w której zastosowano nieprawidłową stawkę VAT, na choćby część przedmiotu zamówienia, podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 pkt 6 pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Izba nie ustalała jednak charakteru spornego przedmiotu zamówienia w postaci wykonania tzw. opaski budynku, ani nie rozstrzygała, jaka jest w tym przypadku właściwa stawka podatku od towarów i usług wynikająca z obowiązujących przepisów podatkowych, z uwagi na to, iż jest to zbędne dla orzekania w przedmiocie prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp w niniejszej sprawie.

Zdaniem składu orzekającego Izby, przepis art. 89 ust.1 pkt 6 pzp stanowiąc o odrzuceniu ofert zawierających błędy w obliczaniu ceny, nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę stawki podatku VAT w wysokości nieprawidłowej z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.). W ustawie pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, który wprost w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do okoliczności zastosowania niewłaściwej stawki podatkowej. Przeciwny pogląd, dominujący zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dotyczącym zamówień publicznych, opiera się na wykładni przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp prowadzącej do utożsamienia niezgodnego z prawem naliczenia podatku VAT przez płatnika tego podatku z pojęciem błędu w obliczeniu ceny. Zatem przyjęcie odmiennej interpretacji przez skład orzekający Izby nie może zostać jednoznacznie zakwalifikowane jako działanie *contra legem*. W ocenie składu orzekającego Izby, nie zachodzi w tym przypadku tzw. samonarzucająca się subsumpcja rzeczywistości do normy prawnej, natomiast dominujące stanowisko przeciwne wywodzi się z tradycji orzeczniczej – sięgającej jeszcze czasów stosowania nieobowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773, z późn. zm.), która to tradycja nie uwzględnia kierunku i kontekstu kolejnych zmian legislacyjnych brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 87 i 88 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż utożsamienie błędnej stawki podatku VAT z błędem w obliczeniu ceny 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 itp. Natomiast nie mieści się w tej kategorii działanie polegające na świadomym i celowym zastosowaniu przez

## Sygn. akt KIO 1053/10

wykonawców będących przedsiębiorcami prowadzącymi profesjonalną działalność gospodarczą, takiej a nie innej stawki podatku VAT, za której prawidłowość w świetle obowiązujących przepisów ponoszą oni odpowiedzialność, aż do karnoskarbowej włącznie. Nie ma dostatecznych argumentów przemawiających za interpretacją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp nakładającą *de facto* na zamawiających obowiązki, często przekraczające ich możliwości i kompetencje, przypisane aparatowi skarbowemu państwa. Zamawiający nie są i nie powinni być traktowani jako organy podatkowe weryfikujące wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców. Zakwalifikowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do kategorii błędu w obliczeniu ceny stanowi również nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków zobowiązaniowych prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne są częścią – jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami (art. 2 ust. 13 i art. 14 pzp). Jednakże przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności cywilnoprawnych nie mają obowiązku kontrolowania prawidłowości wywiązywania się z obowiązków podatkowych przez swoich kontrahentów.

Ponadto, niezależnie od zastosowanej w ofercie przez wykonawców stawki VAT w trakcie oceny ofert porównywana jest zawsze cena brutto, którą następnie zamawiający obowiązani będą zapłacić, a która, niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym, pozostaje, co do zasady, niezmienna w całym okresie realizacji zamówienia. Jednocześnie zawarta umowa cywilnoprawna nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona nie jest dotknięta w tym zakresie sankcją nieważności. Również w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał w pkt. 18 s.i.w.z., iż kryterium oceny jest cena brutto i tylko takiej ceny wymagał wpisania w zasadniczym druku formularza ofertowego.

Stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp do błędów w obliczeniu podatku VAT, prowadzi w konsekwencji do konieczności rozstrzygnięcia przez zamawiających o prawidłowości zastosowanej stawki VAT, w oparciu o przedstawiane przez wykonawców, nierzadko sprzeczne ze sobą, interpretacje właściwych organów podatkowych. Tymczasem zamawiający nie są adresatem dyspozycji przepisu art. 14b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.) i nie są związani stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14 a-d przywołanej ustawy. W konsekwencji, biorąc pod uwagę, iż w identycznym stanie faktycznym dwie różne stawki VAT nie mogą być jednocześnie uznane za prawidłowe, to nawet w przypadku, gdy konkurujący o zamówienie wykonawcy dysponują korzystnymi dla siebie, a wzajemnie sprzecznymi indywidualnymi interpretacjami podatkowymi, zamawiający muszą każdorazowo, uznając konieczność zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp do takich sytuacji, zdecydować, która oferta spośród złożonych podlega

## Sygn. akt KIO 1053/10

odrzuconiu. Może prowadzić to do paradoksalnej sytuacji, w której wykonawcy uzyskując interpretację podatkową i przygotowując z jej uwzględnieniem w dobrej wierze ofertę, będą zabezpieczeni przed negatywnymi konsekwencjami w zakresie ewentualnych domiarów podatkowych i odpowiedzialności karnoskarbowej (korzystając z ochrony wynikającej z przepisu art. 14c Ordynacji podatkowej), natomiast nie będą mieli żadnej gwarancji co do tego czy ich oferty nie zostaną przez zamawiających odrzucone na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Indywidualne interpretacje podatkowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą stanowić zatem wyłącznie wskazówkę co do sposobu interpretacji i stosowania właściwych w danej sprawie przepisów, a ich rozstrzygnięcia i uzasadnienia oddziaływać na zamawiających jedynie poprzez jakość merytorycznej argumentacji i autorytet organów podatkowych, które je wydają.

W razie złożenia odwołania lub skargi, powyżej opisane dylematy zamawiających stają się udziałem Krajowej Izby Odwoławczej lub sądów okręgowych orzekających w sprawie zarzutów dotyczących odrzucenia lub zaniechania odrzucenia ofert wykonawców na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT. W ocenie składu orzekającego Izby zasadniczą niekonsekwencją występującą w wielu wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydawanych w takich przypadkach jest sprowadzanie ustalenia właściwej stawki podatku VAT do kwestii dowodowych, co ma uzasadniać nieorzecanie w tym zakresie w sytuacji, gdy dwaj wykonawcy, których oferty zawierają różne stawki, przedstawiają w trakcie postępowania odwoławczo-skargowego dwie sprzeczne ze sobą indywidualne interpretacje podatkowe wydane przez właściwe organy skarbowe potwierdzające prawidłowość stawek przez nich zastosowanych. W takich wypadkach – pomimo generalnie prezentowanego stanowiska, iż art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp znajduje zastosowanie do niezgodnego z prawem podatku VAT – stwierdza się np., iż żadna ze stron nie udowodniła jaka stawka podatku VAT jest prawidłowa i tym samym pozostawia się w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty sprzeczne ze sobą, lub, powołując się na zasadę rozkładu ciężaru dowodu – oddala się odwołanie. Taki sposób postępowania jest jednak niespójny zarówno z przyjętym rozumieniem normy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, jak i zasadą, iż nie może być dwóch różnych i jednocześnie prawidłowych stawek VAT w odniesieniu do tego samego przedmiotu opodatkowania. Ponadto, stawka podatku VAT nie może wynikać z jakichkolwiek decyzji organów podatkowych, które w tym zakresie nie mają charakteru konstytutywnego, ale wyłącznie z odpowiednich, ustanawiających ją przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Wobec tego, iż przedmiotem prawidłowego dowodzenia w toku orzekania mogą być jedynie okoliczności faktyczne, od których wystąpienia zależy zastosowanie właściwych norm prawnych, to nie można mówić o udowodnieniu prawidłowości stawki podatku VAT przez przedłożenie stosownej

## Sygn. akt KIO 1053/10

interpretacji indywidualnej lub decyzji ustalającej domiar podatku w podobnej sprawie. Jeżeli okoliczności faktyczne sprawy zostały prawidłowo ustalone na podstawie dowodów, obowiązkiem organu stosującego prawo jest zastosowanie normy prawnej odpowiedniej do danego stanu faktycznego. Orzeczenia innych organów stosujących prawo mogą stanowić tu wskazówkę i wytyczne, co do sposobu interpretacji i stosowania prawa, nie stanowią jednak żadnych „dowodów” tego, jaka norma prawna (w tym przypadku dotycząca stawki podatkowej) w danej sytuacji znajduje zastosowanie.

Wobec powyższego, jedynym sposobem uniknięcia negatywnych konsekwencji dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej wynikających z podważania przez zamawiających, a następnie przez Krajową Izbę Odwoławczą czy sądy okręgowe orzekające w sprawach dotyczących prawidłowości czynności zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz masowo popełnianych przez zamawiających w trakcie oceny ofert błędów w przedmiocie identyfikacji właściwej stawki podatku VAT (zwłaszcza przy złożonych przedmiotach zamówienia), jest przyjęcie, iż norma art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp nie znajduje zastosowania w tych przypadkach.

Skład orzekający Izby podziela zatem w pełni stanowisko i argumenty wyrażone uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 260/10.

W przedmiotowej sprawie doszło do sytuacji, w której Zamawiający powołał się w toku rozprawy już nie tyle na indywidualne interpretacje podatkowe dotyczące podobnych stanów faktycznych, ale na inne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 29 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 918/09; wyrok z 26 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1045/09; wyrok z 3 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1072/09), w których Izba oddaliła odwołania wykonawców, którzy zastosowali 22% stawkę podatku VAT dla robót związanych z wykonaniem opaski wokół budynku mieszkalnego, uznając za lepiej „udowodnioną” 7% stawkę podatku VAT zastosowaną przez zamawiających. Taki sposób dowodzenia tym bardziej nie może zostać uznany za prawidłowy. Natomiast Odwołujący powołał się na dwie indywidualne interpretacje podatkowe wydane przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach: z 9 lipca 2009 r. (sygn. IBPP1/443-503/09/EA) oraz z 7 grudnia 2009 r. (sygn. IBPP2/443-742/09/WN), z których tylko pierwsza wprost dotyczy określenia właściwej stawki podatku VAT dla robót związanych z wykonywaniem opaski przy budynku mieszkalnym. Jak to wskazano powyżej, Izba uznała, iż przedstawiona w ten sposób argumentacja Stron nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach Odwołującego w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła także, iż ani z projektu budowlanego, ani z przedmiaru robót nie wynika szczegółowo sposób wykonania opaski wokół wyremontowanego budynku. Z projektu

budowlanego wynika bowiem, iż dotychczas istniejąca opaska ma być w całości rozebrana, a w jej miejsce ma zostać wykonana zupełnie nowa opaska, przy czym określono: szerokość na 1 m, materiał – kostka Bauma o grubości 6 cm, wykonanie na podsypce cementowo-piaskowej. Wobec tego Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego, iż wykonanie opaski w taki sposób, iż będzie ona oddzielona przerwą dylatacyjną 20 cm i nie będzie stykała się bezpośrednio z elewacją budynku, spełni wymaganie zamawiającego zawarte w dokumentacji projektowej by opaska zabezpieczała nową elewację i porządkowała estetykę wokół budynku. Jednocześnie Zamawiający wycofał się w toku postępowania, *de facto* na skutek pytania zadanego przez Odwołującego, z definitywnego wskazania, iż dla robót związanych z wykonaniem opaski będzie właściwa stawka podatku VAT w wysokości 7%, zamiast tego nakładając na wykonawców obowiązek ustalenia tej stawki zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wobec tego, Izba zważyła, iż Zamawiający nie miał podstaw do podważenia prawidłowości zastosowanej przez Odwołującego stawki VAT dla opaski wykonanej w sposób niesprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia jako element infrastruktury towarzyszącej remontowanemu budynku mieszkalnego.

Izba zauważa również, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący zastosował podstawową 22% stawkę podatku VAT dla wartości netto w wysokości niespełna 25 tys. zł, co przy cenie oferty wynoszącej kilkaset tysięcy złotych, w znikomym stopniu zwiększyło cenę całej oferty. Z kolei Zamawiający w toku postępowania wprowadził możliwość zmiany w umowie o zamówienie publiczne stawki podatku VAT nie tylko wskutek zmiany obowiązujących przepisów, ale również w sytuacji, gdy organ podatkowy ustali, iż właściwa jest inna stawka podatku VAT. Tak zwane „ustanowienie” zmiany stawki podatku VAT przez organ podatkowy wprowadzone przez Zamawiającego do wzoru umowy może dotyczyć wyłącznie ustalenia przez organ podatkowy, iż dla robót związanych z wykonaniem opaski właściwa była od początku 22% stawka podatku VAT, taka jak od początku przyjęta w ofercie Odwołującego. W przypadku oferty wybranej przez Zamawiającego taka zmiana umowy doprowadziłaby do tego, iż oferta ze stawką 7% w tym zakresie, będzie na etapie wykonania umowy rozliczona według stawki przyjętej w ofercie Odwołującego, bez żadnej zmiany przepisów podatkowych w tym zakresie, lecz wskutek błędnej identyfikacji prawidłowej stawki podatku VAT przez Zamawiającego. W takim przypadku doszłoby niewątpliwie do naruszenia wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Również ta chwiejność stanowiska Zamawiającego, który asekuruje się na wypadek błędnej identyfikacji właściwej stawki podatku VAT, przemawia za nieracjonalnością zastosowania w przedmiotowym postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na przyjętą w niej podstawową stawkę podatku VAT dla części przedmiotu zamówienia.

## Sygn. akt KIO 1053/10

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące prawidłowości zastosowania stawki VAT przez pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy pzp w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, Odwołujący nie ma uprawnienia do ich podnoszenia.

Jednocześnie z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, które nie zostały skutecznie odrzucone, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty Odwołującego, w przypadku, gdy w wyniku powtórzonych czynności pozostaną w postępowaniu oferty korzystniejsze, znajdą przesłanki unieważnienia postępowania, albo Zamawiający stwierdzi zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie innych okoliczności faktycznych niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania rozumianego szeroko przez pryzmat przepisu art. 92 ust. 1 pzp jako wybór oferty najkorzystniejszej a także wykluczenie wykonawców podlegających wykluczeniu oraz odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu, i – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie 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), uwzględniając w kosztach postępowania odwoławczego wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości wynikającej z przedłożonej do akt sprawy faktury VAT, zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....