

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **RMR Sp. z o.o., ul. Karpacka 9/3, 43-316 Bielsko-Biała** w postępowaniu prowadzonym przez **20 Wojskowy Szpital Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjny SP ZOZ, ul. Świdzińskiego 4, 33-380 Krynica-Zdrój**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **RMR Sp. z o.o., ul. Karpacka 9/3, 43-316 Bielsko-Biała** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RMR Sp. z o.o., ul. Karpacka 9/3, 43-316 Bielsko-Biała** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **RMR Sp. z o.o., ul. Karpacka 9/3, 43-316 Bielsko-Biała** na rzecz **20 Wojskowego Szpitala Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjnego SP ZOZ, ul. Świdzińskiego 4, 33-380 Krynica-Zdrój** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

20 Wojskowy Szpital Uzdrawiskowo-Rehabilitacyjny SP ZOZ, ul. Świdzińskiego 4, 33-380 Krynica-Zdrój, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja basenu rehabilitacyjnego z przystosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych w kompleksie 20 Wojskowego Szpitala Uzdrawiskowo-Rehabilitacyjnego SP ZOZ, K - 5752 w Krynicy-Zdroju przy ul. Świdzińskiego 4.” o wartości nie przekraczającej kwoty dla robót budowlanych, wskazanej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) znak sprawy: 4/2/ZP/2015. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP pod nr 32519-2015 z dnia: 09.03.2015.

W dniu 02 kwietnia 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę - Zakład Inwestycji Budowlanych S. G. z siedzibą w Łabowej. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, drugą ofertę złożył wykonawca RMR Sp. z o.o. ul. Karpacka 9/3 43-316 Bielsko Białe. adres do korespondencji: ul. Anielin 1 lok. 2 05-800 Pruszków, którego to oferta została przez Zamawiającego odrzucona.

Od takiej czynności Zamawiającego RMR sp. z o.o., zwany dalej „Odwołującym” w dniu 7 kwietnia 2015 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania faktycznych przyczyn odrzucenia oferty;
2. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 6 ustawy Pzp, poprzez niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty RMR Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, ul. Karpacka 9/3 ze względu na zastosowanie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług,
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty RMR Sp. z o.o.
- 4) nakazanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty RMR Sp. z o.o. wraz z zastosowaniem procedury
- 5) nakazanie wyboru oferty RMR Sp. z o.o., z siedzibą w Bielsku Białej, ul. Karpacka 9/3, jako najkorzystniejszej;

6) obciążenie Zamawiającego kosztami Postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że Zamawiający w powołanym zawiadomieniu wskazał iż oferta złożona przez Odwołującą Spółkę podlega odrzuceniu z uwagi na to, iż zawiera błąd w obliczaniu ceny tj. zastosowanie błędnej stawki podatku od towarów i usług (VAT). Zamawiający w powołanym zawiadomieniu wskazał również metodologię swoich czynności obliczenia stawki podatku od towarów i usług pomimo, że regulacjami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagał podania zastosowanej stawki podatku od towarów i usług w formularzu stanowiącym treść oferty oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z regulacjami SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne w formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ wskazał wartość netto, wartość brutto, wartość podatku VAT oraz co ważne obliczył cenę oferty - wartość brutto *„...wg obowiązujących na podstawie odrębnych przepisów zasad obliczania podatku od towarów i usług”*. Zamawiający jak sam wskazał w zawiadomieniu samodzielnie dokonał obliczeń matematycznych zastosowanej przez RMR stawki od towarów i usług (na podstawie wskazanej wartości netto, wartości brutto oraz wartości podatku od towarów i usług) i na tej podstawie wyprowadził wniosek, że zastosowana stawka jest nieprawidłowa i dokonał czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp. Poza stwierdzeniem, że została zastosowana stawka od towarów i usług 8% i jest ona nieprawidłowa, Zamawiający nie wskazał w żaden sposób jej wadliwości w zastosowaniu. Wskazanie w treści zawiadomienia, że: *Oferent do obliczenia kwoty brutto przyjął stawkę 8% zamiast prawidłowej stawki 23%* w żaden sposób nie stanowi wypełnienia powołanych przepisów w kontekście art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest informując wykonawców o odrzuceniu oferty podać uzasadnienie faktyczne i prawne zajętego stanowiska. W powołanym zawiadomieniu Zamawiający wskazał jedynie, że odrzucił ofertę Odwołującego, uznając iż ten zastosował nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług. Natomiast Zamawiający powinien poinformować Odwołującego w jakim zakresie oferty została zastosowana błędna stawka podatku. W konsekwencji Spółka RMR była zmuszona do antycypowania tych przyczyn i polemiki z argumentacją, *której de facto nie ma*.

Stwierdził, że roboty remontowo-budowlane wykonywane pod symbolem PKOB ex1264 będą opodatkowane stawką VAT 8% jedynie w przypadku, gdy odbiorcą tych usług będzie instytucja świadcząca sensu stricto usługę zakwaterowania/realizacja celu mieszkaniowego/z opieką lekarską i pielęgniarską, które są celem podmiotu świadczącego te usługi .Takimi podmiotami zaś są te ,które zostały wpisane do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą /art.2 ust.1 pkt 12 ,art.4,art.9 ust.1 pkt 2 ,art.12 ust.1,art.

100 ustawy z dnia 15.04.2011 o działalności leczniczej -Dz. U. Nr. 112 poz.654/. Wskazał, że Zamawiający posiada status podmiotu leczniczego wpisany w księdze rejestrowej pod numerem 000000018568 prowadzonej przez Wojewodę Małopolskiego. Podał iż jego zdaniem Odwołujący zastosował *prawidłową stawkę podatku od towarów i usług dla przedmiotu zamówienia objętym tym postępowaniem w wysokości 8%, gdyż w świetle ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) świadcząc usługi (wykonując roboty budowlane) w budynku sklasyfikowanym wg PKOB w klasie ex 1264 możliwe jest zastosowanie 8% stawki podatku od towarów i usług na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a powołanej ustawy o VAT.*

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych /PKOB/ (Dz. U. z 1999 r. Nr. 122, poz.1316 z późn. zm.), klasa PKOB 1264 obejmuje: Budynki szpitali i zakładów opieki społecznej obejmuje m.in. budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych lub niepełnosprawnych, itp.

Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdził, że roboty remontowo-budowlane wykonywane pod symbolem PKOB ex1264 będą opodatkowane 8% stawką VAT w przypadku, gdy odbiorcą tych usług będzie instytucja świadcząca *sensu stricte* usługę zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, które są celem podmiotu świadczącego te usługi. Takowym podmiotem świadczącym usługi lecznicze jest Zamawiający.

Podsumowując swoje stanowisko stwierdził, że w ocenie Odwołującego do modernizacji basenu rehabilitacyjnego w budynku podmiotu leczniczego tj. 20 Wojskowego Szpitala Uzdrowiskowo-Rehabilitacyjnego Samodzielnego Publicznego Zakład Opieki Zdrowotnej w Krynicy Zdrój ma zastosowanie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) i w aktualnym stanie faktycznym i prawnym po stronie Odwołującego leży obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku od towarów i usług dla zaferowanego przedmiotu zamówienia. Dlatego też Zamawiający dokując odrzucenia oferty Odwołującego dokonał tego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wymienionych na wstępie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że ustawodawca wprowadził preferencyjną stawkę opodatkowania dla usług budowlanych i remontowych, o których mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011, nr 177, poz. 1054 j.t. z późn. zm.), wykonywanych m. in. w obiektach sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) w klasie ex 1264 - **wyłącznie** w budynkach instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Rozporządzenie Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. nr 112, poz. 1316, z późn. zm.) zalicza do klasy 1264 sześć odrębnych kategorii budynków:

- 1) Budynek instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi,
- 2) Sanatoria, szpitale długoterminowego leczenia, szpitale psychiatryczne, przychodnie, poradnie, żłobki, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka,
- 3) Szpitale kliniczne,
- 4) Szpitale więzienne i wojskowe,
- 5) Budynek przeznaczony do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacje krwiodawstwa, laktaria, kliniki weterynaryjne itp.,
- 6) Budynek instytucji ochrony zdrowia świadczący usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgnarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych itp.

Odnosząc się do powyższego stwierdził, że kategoria „szpitali wojskowych” (tiret 4) jest kategorią odrębną od kategorii „budyneków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgnarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych itp.” (tiret 6). Stąd, z preferencyjnej stawki podatku VAT może korzystać tylko ta ostatnia kategoria budynków (kat. 6), nie mogą zaś korzystać z niej szpitale wojskowe. Wobec tego obniżona stawka podatkowa podatku VAT odnosi się tylko do usług budowlanych dotyczących danych obiektów z punktu 6, nie obejmuje natomiast usług świadczonych w innych obiektach wymienionych w klasie 1264. W zakresie wymogu zakwaterowania istotne jest zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych i bytowych osób, które przebywają w takim budynku na stałe i to jest podstawowa działalność podmiotu, a nie świadczenie usługi lekarskiej. W budynku szpitalnym Zamawiającego, pacjenta (kuracjusza) umieszcza się jedynie okresowo w jedynym celu, jakim jest rehabilitacja, szerzej zastosowanie leczenia uzdrowiskowego. Podstawowym przeznaczeniem zatem budynku jest funkcja lecznicza, a nie funkcja mieszkaniowa.

Wskazał, że przywoływanie dla ceny sytuacji z przedmiotowego postępowania sytuacji pacjentów Hospicjum Onkologicznego co do którego Odwołujący powołał się na indywidualną interpretację podatkową jest niezasadne i nieadekwatne. Gdyż sytuacja pacjentów Hospicjum jest zupełnie inna i pobyt ich nie ma w żadnym stopniu odniesienia do szpitala wojskowego,

Podniósł także zarzut wobec odwołania, że Odwołujący nie ma interesu w jego wniesieniu gdyż Odwołujący zaoferował wykonanie całego zamówienia za kwotę netto 2 290 000,00 zł, a firma ZIB podała kwotę netto 2 223 464,69 zł. Oferta firmy ZIB jest tańsza według wartości netto o 66 535,31 zł.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podał, że Zamawiający nie widział na etapie badania ofert możliwości skorzystania z art. 87 ust. 1, a w konsekwencji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. z uwagi na to, że czynności poprawienia stawki VAT w złożonej ofercie doprowadziłyby do istotnej zmiany w treści tej oferty. Taka sytuacja byłaby jawnym przekroczeniem przepisów ustawy Pzp ze strony Zamawiającego.

W zakresie naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania faktycznych przyczyn odrzucenia oferty, podał, że w dniu 02/04/2015 przesłał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w sposób wyczerpujący - faktyczne i prawne podstawy odrzucenia oferty. Zamawiający z wyjątkową starannością wykazał w w/w zawiadomieniu obowiązujący stan złożonej przez odwołującego oferty, jaki miał wpływ na podjętą decyzję.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty RMR Sp. z o.o. podał, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była postępowaniem zgodnym z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, która wyraźnie określa tok postępowania jaki należy zastosować w przypadku zastosowania w ofercie nieprawidłowej stawki VAT. Przywołał w tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11) dotyczących stawki podatku VAT w ofertach, zgodnie z którymi Zamawiający ma obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem wysokości stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł ustalania ceny ofertowej. W przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający musi odrzucić ofertę takiego wykonawcy.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stwierdził, że brak podstaw do przyjęcia takiego stanowiska, gdyż celem Zamawiającego było jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż podniesiony zarzut co do niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W kolejnym etapie rozpatrywania przedmiotowego odwołania, odniesienia Izby wymagał zarzut Zamawiającego iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu przedmiotowego odwołania, gdyż jego oferta jest droższa, tak więc nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia przez Odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu (wyrok SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12) w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno--prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp. wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom Pzp. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów Pzp., Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto podkreślenia wymaga, że oceny spełniania przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp dokonuje się na moment wnoszenia odwołania, a nie na moment orzekania, czy wyrokowania w sprawie.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, jakoby do oceny przesłanki interesu należało przyjmować cenę oferty netto. Prawo Zamówień publicznych posługuje się pojęciem ceny bez dalszych dookreśleń, odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915). Cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu takim podatkiem. Tak więc cena w rozumieniu prawa zamówień

publicznych to ostateczna należność jaką musi zapłacić zamawiający za dane zamówienie. Ustalanie ceny netto jako kryterium wyboru oferty byłoby więc błędem Zamawiającego.

Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 lutego 2005 r. (sygn. akt V Ca 2981/04), zgodnie z którym pod pojęciem "ceny" należy na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym podatkiem VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert.

Tak więc przy ustalaniu kwestii interesu Odwołującego o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp należy mieć zawsze na względzie cenę jaką posługuje się ustawa Pzp, czyli brutto. Tylko w kwestii szacowania wartości zamówienia o której mowa w art. 32 ust.1 Pzp ustawa posługuje się ceną bez podatku od towarów i usług, ale to wynika z faktu, że ustalenie wartości zamówienia jest niezależne od możliwości stosowania stawek podatkowych, czy też zwolnień w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba stwierdza, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnienie przesłanek o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Kwestionując czynność Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty z powodu uznania, że została zastosowana niewłaściwa stawka podatku VAT, był przekonany, że wykazana w jego ofercie stawka podatku VAT jest prawidłowa, a to skutkowało tym, że jego oferta była z najniższą ceną i tym samym ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zwrócenia uwagi wymaga także kwestia pominięta przez strony, że postępowanie dotyczy udzielenie zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych. W odniesieniu do zamówień o tej wartości zakres przedmiotowy dopuszczalnych zarzutów wskazuje w sposób wyczerpujący art. 180 ust. 2 Pzp. Ustawodawca w postępowaniach o mniejszej wartości tzw. poniżej progów unijnych ograniczył możliwość kwestionowania czynności Zamawiającego wyłącznie do takich, które bezpośrednio godzą w uczestnictwo w postępowaniu danego wykonawcy. Podnoszenie zarzutów w odniesieniu do niewłaściwego – niepełnego uzasadnienia odrzucenia ofert oraz naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie może być rozpatrywane przez Izbę jako samodzielne zarzuty. Jednakże zdaniem Izby mogą podlegać ocenie, ale tylko w kontekście zarzutu odrzucenia oferty, gdyż niewątpliwie mogą one oddziaływać na możliwość skutecznego odwoływania się wykonawcy od czynności Zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, że wprowadza on do Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (Wyrok SO

w Krakowie z 8.05.2014 roku sygn. akt XII Ga 211/14).

Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili wydawania wytycznych do przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której Zamawiający w stosunku do jednego z wykonawców stawia wybiórczo pewne wymagania a w stosunku do innych wykonawców nie podejmuje żadnych działań, nawet gdy złożone dokumenty mogą budzić wątpliwości.

W tym postępowaniu Odwołujący oprócz przywołania powyższego przepisu ustawy jako stawianego Zamawiającemu zarzutu nie wskazał w uzasadnieniu na czym miałyby polegać nierówne – inne traktowanie jego oferty, w porównaniu z ofertą wykonawcy wybranego. Nadto zauważyć należy, że art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutu odwołania, a zawsze winien odnosić się - nawiązywać do konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego wynikającej z konkretnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym podnoszone w tej kwestii zastrzeżenia nie znalazły potwierdzenia w tym postępowaniu.

W zakresie kolejnej kwestii dotyczącej naruszenia naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdza, że podanie wykonawcy podstaw które legły u podstaw takiej, a nie innej oceny jego oferty, a w szczególności jego wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia złożonej przez niego oferty, ma istotny wpływ na możliwość kwestionowania przez wykonawcę tych czynności. To informacje tam zawarte determinują zakres podnoszonych zarzutów odwołania i umożliwiają wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Wykonawca nie może domyślać się co legło u podstaw takiej, a nie innej czynności Zamawiającego wobec jego oferty. Jednocześnie zauważyć należy, że błędem byłoby oczekiwanie, że Zamawiający w informacji opíše niemal każdą czynność wykonaną wobec oferty danego wykonawcy, gdyż należy mieć na względzie fakt iż ofertę złożył profesjonalny wykonawca z danej branży i wystarczającym będzie zobrazowanie, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do niej ustosunkować i np. w oparciu o nie mógł sformułować zarzuty odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z faktem zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w miejsce stawki podstawowej. Ta kwestia jest na tyle czytelna, że nie uzasadnia podawania bardziej szczegółowych wywodów prawnych w tym zakresie. Inaczej byłoby, gdyby to wykonawca zastosował stawkę podstawową, a w postępowaniu winna być zastosowana stawka preferencyjna. Wtedy Zamawiający winien byłby wykazać powody zastosowania takiej stawki. W tym postępowaniu biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający w sposób szczegółowy opisał przyczyny odrzucenia ofert i brak jest

zdaniem Izby jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawidłowości tej czynności Zamawiającego.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu jest kwestionowanie przez Odwołującego odrzucenia jego oferty z powodu uznania przez Zamawiającego iż złożona oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny z powodu zaoferowania niewłaściwej stawki podatku VAT.

Odnosząc się do zarzutów oraz stanowisk stron zaprezentowanych w sprawie stwierdzić należy, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) podstawową stawką tego podatku jest obecnie stawka 23%. Ponadto za stanowiskiem doktryny, a także ugruntowanego orzecznictwa KIO stwierdzić należy, że *„Towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania, także powinna być stosowana ta stawka”* (VAT. Komentarz” Lex 2010 r. A. Bartosiewicz, R. Kubacki), wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13.

Również stwierdzić należy, że korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Tym samym jeśli podatnik nie jest pewien, że może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie od VAT, to aby nie narazić się na odpowiedzialność karno - skarbową powinien zastosować stawkę podstawową.

Należy podkreślić, że w związku z charakterem stawki podstawowej jako zasady, to stawki obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy i wszelkie okoliczności uzasadniające ich stosowanie winny być interpretowane w sposób ścisły, bez prawa powoływania się na podobieństwa, czy też analogiczność stanów faktycznych. Stosowanie stawki preferencyjnej jest ograniczone tylko do przypadków ściśle wskazanych w ustawie lub przepisach wykonawczych.

W przedmiotowym zarzucie rozstrzygnięcia wymagały dwie kwestie: po pierwsze czy mamy do czynienia z zaoferowaniem właściwej stawki podatkowej i po drugie, czy istniała możliwość poprawy przez Zamawiającego zaoferowanej stawki, uznając ją za omyłkę o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

W zakresie zastosowania przez Odwołującego w złożonej ofercie preferencyjnej stawki podatku VAT to stwierdzić należy, że działanie Odwołującego w tym zakresie było nieprawidłowe.

Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, podstawowa stawka podatku VAT dla robót budowlanych wynosi (aktualnie) 23%, chyba że możliwość zastosowania innej (niższej) stawki podatku albo zwolnienia podatkowego przewidują dalsze przepisy ustawy bądź przepisy wykonawcze do niej. W obecnym stanie prawnym obniżona stawka podatku VAT może być zastosowana do budownictwa objętego społecznym

programem budownictwa mieszkaniowego, a także do obiektów sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 – obejmującej wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia, w których są świadczone usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, z zastrzeżeniem art. 41 ust. 12b. Zatem pomocniczo, dla celów VAT stosuje się przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 ze zm.), stanowiącego usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych – wskazanych w części pierwszej uzasadnienia.

Przez obiekt zakwaterowania należy rozumieć zespół pomieszczeń, zlokalizowanych w jednym lub kilku budynkach, świadczący usługi: hotelarskie, opiekuńczo-wychowawcze, zdrowotne bądź inne, które to usługi związane są z zamieszkaniem w takim zakładzie zwykle większej liczby osób.

W niektórych obiektach (zakładach) osoby zamieszkują przez dłuższy czas (od kilku miesięcy do kilku lat) lub na stałe. Przykładowo, takimi zakładami są: internaty, domy studenckie, domy dziecka, domy opieki społecznej dla osób przewlekle chorych lub upośledzonych, klasztory, domy zakonne, hospicja. Zaś obiektami (zakładami), w których pobyt osób z reguły ma charakter krótkookresowy są właśnie m. in.: hotele, motele, domy wczasowe, pensjonaty, a także szpitale, sanatoria czy prewentoria.

W stanie faktycznym przedmiotowego postępowania obniżona stawka VAT mogłaby mieć zastosowanie wówczas, gdyby budynek klasyfikowany do klasy 1264 PKOB byłby budynkiem instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Budynek szpitala wojskowego jest wprawdzie zaliczany do klasy 1264 i świadczy opiekę lekarsko – pielęgniarską, jednakże taki szpital nie jest instytucją ochrony zdrowia świadcząca jako usługi główne - usługi zakwaterowania dla ludzi starszych, niepełnosprawnych. Niewątpliwym jest, że w ramach prowadzonej przez szpital działalności leczniczej i rehabilitacyjnej świadczone są usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, lecz usługi te **są jedynie usługą składową**, wchodzącą w skład usługi głównej szpitala, jaką jest leczenie czy rehabilitacja.

Analizując powyższy wykaz należy podkreślić, że wymienione wyżej „Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp.” stanowią odrębną od szpitali czy sanatoriów grupę budynków. Podkreślić należy iż budynek szpitala jest wymieniony w klasie PKOB 1264 w oddzielnej pozycji i tym samym nie może być utożsamiany- zrównany z budynkiem instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Jak wyżej wskazano usługa zakwaterowania w budynkach instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, cechuje się zamieszkiwaniem w

budynkach osób przez dłuższy okres czasu zwykle niemożliwy do jednoznacznego ustalenia w chwili przyjmowania danej osoby na zakwaterowanie- zamieszkanie. Natomiast szpitale, sanatoria czy prewentoria są obiektami (zakładami), w których pobyt osób z reguły ma charakter krótkookresowy związany z pobytem leczniczym lub rehabilitacyjnym. Jak wykazał Zamawiający długość pobytu osób w jego placówce – szpitalu zależy od długości turnusu, którego czasookres trwania jest z góry ustalony na podstawie odrębnych uregulowań prawnych.

Oceniając sposób powyższych uregulowań należy stwierdzić, że ustawodawca w zakresie możliwości zastosowania obniżonej stawki VAT do obiektów służby zdrowia miał na względzie tylko i wyłącznie obiekty występujące pod pozycją 6 wykazu. Zatem brak podstaw prawnych do uznania, iż usługi budowlane wykonywane w budynkach - poza wskazanymi w poz. 6 wykazu, będą korzystały z preferencyjnej stawki opodatkowania podatkiem VAT, bowiem w przedmiotowej sytuacji nie znajdują zastosowania przepisy art. 41 ust. 12a ustawy o VAT.

W związku z tym do robót budowlanych jego dotyczących nie może znajdować zastosowania stawka 8% VAT i wobec powyższego Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Kolejną istotną kwestią wymagającą oceny Izby jest analiza postępowania Zamawiającego w zakresie możliwości poprawy wykazanej w ofercie Odwołującego stawki podatku VAT. Stwierdzić należy, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty w związku z błędem w obliczeniu ceny ofertowej Zamawiający powinien zawsze ocenić wzajemną relację między art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. zbadać, czy nie zachodzą przesłanki poprawienia jako omyłki, wskazanej stawki VAT. Błędne wyliczenie kwoty VAT może być wynikiem zarówno omyłki rachunkowej, jak i błędu w obliczeniu ceny, przy czym Pzp z każdym z tych przypadków wiąże inne skutki prawne. Jeżeli zatem Zamawiający w SIWZ, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazuje stawkę VAT, to kontrola oferty w tym zakresie winna sprowadzać się do poprawienia oferty. Jeżeli jednak Zamawiający opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki VAT, to oferta, która zawiera stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp

Tym samym należy dodatkowo różnicować stany faktyczne i konsekwencje prawne, które z nich wynikają - czy stawka VAT została określona w postanowieniach SIWZ, czy też kwestię zastosowania prawidłowej stawki VAT pozostawiono wykonawcy.

Izba w wielu orzeczeniach wskazuje na potrzebę wskazania przez Zamawiającego w SIWZ sposobu obliczenia ceny, poprzez podanie jaką stawkę podatku VAT należy do obliczenia ceny zastosować (wyroki KIO: z 12czerwca 2012 roku KIO 1121/12, z dnia 31 marca 2014 r. sygn. akt 489/14). W powyższych orzeczeniach Izba wskazuje, że biorąc pod

uwagę stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), oraz przepis art. 36 ust.1 pkt 12, iż podanie w SIWZ stawki podatku VAT na roboty objęte zamówieniem wydaje się być powinnością Zamawiającego.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (sygn. Akt III CZP 53/2011) na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W SIWZ muszą się więc znaleźć wszystkie elementy dzięki którym podmioty chcące złożyć ofertę będą dokładnie wiedziały, czego Zamawiający wymaga w ofercie, a w szczególności jak należy obliczyć cenę ofertową.

Wskazanie stawki podatku VAT z jednej strony zmniejsza ilość odrzucanych ofert w trybie art. 89 ust.1 pkt 6, gdyż zaoferowanie innej stawki niż podana w SIWZ umożliwia jej poprawę w trybie poprawy omyłek, a po drugie daje Zamawiającemu większą możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dążenie do racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, a to jest możliwe tylko przy odpowiedniej ilości ważnie złożonych ofert.

Wskazanie w SIWZ oczekiwanej przez Zamawiającego stawki podatku VAT w żaden sposób nie uchybia prawu podatnika - wykonawcy do samodzielnego określenia tejże stawki podatku (innej niż ta sugerowana przez Zamawiającego), gdyż wykonawca w którego ofercie Zamawiający dokonał poprawy takiej stawki w trybie poprawy omyłki, może na to nie wyrazić zgody (art. 87 ust.2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp.).

W tym postępowaniu Zamawiający nie wskazał w SIWZ stawki podatku VAT wobec tego nie było możliwości poprawy oferty i jej „uratowania” dla postępowania. Dlatego też oferta jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba nie zasądziła kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę, gdyż wskazany w fakturze sposób jej wykazania i rozliczenia nie odpowiadał przepisom Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r. nr 27, poz. 271 ze zm.). Tym samym poniesienie przedmiotowych kosztów Izba uznała za niewykazane.

Przewodniczący

