

Sygn. akt KIO/UZP 347/08

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś
Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wojciech Pawlik Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowa Agencja Mieszkaniowa Oddział Regionalny w Zielonej Górze, Zielona Góra, Al. Zjednoczenia 104** protestu z dnia 28 marca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojciech Pawlik Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wojciech Pawlik Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojciech Pawlik Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD, Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2.**

Uzasadnienie

Odwołanie rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą zostało wniesione przez **Odwołującego – Wojciech Pawlik Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD z siedzibą w Zielonej Górze**, od rozstrzygnięcia protestu przez **Zamawiającego – Wojskową Agencję Mieszkaniową Oddział Regionalny z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana polegająca na wybudowaniu budynku mieszkalnego 18-rodzinnego z funkcją internatową, niezbędną infrastrukturą zewnętrzną i wyposażeniem w meble, położonego w Żaganiu przy ul. Orłąt Lwowskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1, poz. 34713, 2008 r. z dnia 20.02.2008 r.

Wartość zamówienia ustalono w kwocie przekraczającej równowartość progów unijnych dla dostaw i usług, ale nie przekraczającej dla robót budowlanych.

W postępowaniu złożono 5 ofert. Zamawiający wykluczył z postępowania 1 wykonawcę ze skutkiem odrzucenia jego oferty, 1 ofertę odrzucił, spośród pozostałych 3 ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą złożyło Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Oferta Odwołującego uzyskała drugą punktację w kolejności.

Odwołujący wniósł protest na wybór oferty, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący podał, że wybrana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu błędu w obliczeniu ceny, której nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy. Wykonawca niewłaściwie obliczył kwotę podatku VAT. Zdaniem Odwołującego podatek powinien wynieść 313.407 zł., jako podatek obliczony z uwzględnieniem stawki 7% dla robót budowlanych i 22% dla robót infrastruktury zewnętrznej. W wybranej ofercie natomiast wykonawca wskazał podatek w kwocie 315.371,21 zł. Ponieważ Zamawiający odrzucił 2 inne oferty z takiego samego powodu, zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Zamawiający oddalił protest jako nieuzasadniony. Podał, że nie wymagał wyliczenia kwoty VAT dla poszczególnych elementów określonych w załączniku nr 4 do SIWZ „ Wykaz

cen ryczałtowych elementów przedmiotu zamówienia i ustalenie łącznej ceny ryczałtowej”, a tylko określenia całkowitej wartości VAT.

Kwota VAT, zdaniem Zamawiającego, została wyliczona w sposób prawidłowy, uwzględniający zmiany wprowadzone ustawą z dnia 19 września 2007 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy o zwrocie osobom fizycznym niektórych wydatków związanych z budownictwem mieszkaniowym (Dz. U. Nr 192, poz. 1382), czego protestujący nie kwestionuje.

Odwołujący wyliczył podatek VAT w zakwestionowanej ofercie, w taki sposób, w jaki zastosował w swojej ofercie i na tej podstawie uznał, że VAT wyliczony został w wybranej ofercie w sposób błędny.

W odwołaniu wniesionym od rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący wskazał naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oferty, a także prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ z powodu błędu w obliczeniu ceny ofert odrzucono 2 inne oferty, a nie odrzucono wybranej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący omówił sposób obliczenia podatku VAT według swojej zasady i przedstawił stosowną tabelkę w tym zakresie. Podkreślił, że różnicy w podatku VAT nie można poprawić jako oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 88 Pzp i wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie złożone na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła wykonawcy, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejszą - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z uchybieniem terminu. Zawiadomienie o wniesionym proteście wraz z kopią protestu i wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu, Zamawiający doręczył wykonawcy w dniu 28 marca 2008 r., termin przystąpienia upłynął w dniu 31 marca 2008r., wykonawca zaś przystąpił do postępowania 02 kwietnia 2008r. Wykonawca nie uzyskał, więc statusu uczestnika postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protest, co jest niezbędną przesłanką skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określoną w art. 184 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego podczas rozprawy, w szczególności na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego i wyjaśnień stron ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności KIO ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, bowiem jego oferta uzyskała drugą punktację spośród trzech ofert ocenianych merytorycznie (po uprzednim wykluczeniu jednego wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty drugiego wykonawcy).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem Odwołujący, zgodnie z podstawową zasadą postępowania dowodowego, wyrażoną z art. 6 K.c., w myśl której „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”, nie udowodnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Odwołujący zarówno w odwołaniu, jaki i w ramach wyjaśnień składanych podczas rozprawy, jednoznacznie potwierdził, że w wybranej ofercie, jak również w ofercie złożonej przez Odwołującego, zastosowano dwie zróżnicowane stawki podatku VAT – 7% i 22%, obowiązujące od 01 stycznia 2008r. Kwestia ta nie była sporna między stronami. Zarzuty Odwołującego sprowadzały się w zasadzie do wskazania niewłaściwego sposobu obliczenia kwoty (wartości) podatku VAT w wybranej ofercie. Odwołujący przedstawił w odwołaniu (str. 4) tabelę obliczenia prawidłowej, w jego ocenie, stawki i kwoty podatku VAT. Tabela przygotowana została na podstawie załącznika nr 4 do siwz, który miał stanowić załącznik do składanych przez wykonawców ofert. Załącznik dołączony do siwz zawiera dziewięć części oznaczonych liczbami rzymskimi (I-IX), które były rozbudowane na szczegółowe pozycje oznaczone liczbami arabskimi w ramach, których w zakresie robót budowlanych – I, Lp 13, 14 i 15 i robót elektrycznych – IV Lp. 3, przedstawiono dalsze uszczegółowienie. Zamawiający w czasie rozprawy wyjaśnił, że tabela stanowiąca załącznik nr 4 do specyfikacji – „wykaz cen ryczałtowych elementów przedmiotu zamówienia i ustalenie łącznej ceny ryczałkowej”, miała służyć wykonawcom do określenia ceny (wartości) netto oraz dodania podatku VAT od łącznej wartości netto elementów przedmiotu zamówienia oraz podania łącznej ceny (wartości) brutto oferty. Rozbicie to było przygotowane w celu umożliwienia wykonawcom przede wszystkim wystawiania faktur przejściowych. Na wykonawcach ciążył obowiązek prawidłowego zakwalifikowania poszczególnych elementów robót budowlanych i przypisania tym robotom właściwej stawki podatku VAT. Ponadto Zamawiającemu chodziło o uwzględnienie w obliczanej kwocie VAT-u zmiany wprowadzonej przepisami ustawy z dnia 19 września 2007 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy o zwrocie osobom fizycznym niektórych wydatków związanych z budownictwem mieszkaniowym (Dz.

U. Nr 192, poz. 1382), obowiązującej od dnia 01 stycznia 2008 r. Wobec tego Zamawiający chciał zapewnić sobie możliwość ustalenia czy wykonawcy zastosowali 7 % VAT do budownictwa mieszkaniowego i 22 % do infrastruktury zewnętrznej. Zamawiający nie żądał, ani podania przez wykonawców stawek podatku, ani wskazania stawek i kwot podatku dla poszczególnych elementów robót budowlanych. Żądał jedynie podania jednej pozycji podatku VAT od łącznej wartości robót netto („razem wartość netto zł”).

Oceniając oferty, Zamawiający merytorycznie ocenił trzy oferty, które zawierały zróżnicowane stawki podatku VAT. Odrzucił natomiast ofertę, która zawierała wyłącznie jednolitą stawkę podatku VAT – 7 % na wszystkie elementy robót budowlanych. Jednego wykonawcę wykluczył z postępowania z powodu nie spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, jednak na marginesie również ustalił, że oferta ta zawierała także jednolitą stawkę 7 % VAT.

W tabeli Odwołującego, o której mowa wyżej, przedstawiono, w ocenie KIO, uproszczone zakwalifikowanie elementów robót stanowiących załącznik nr 4 do siwz. Odwołujący podał jedynie roboty scalone, którym przypisał w trzech przypadkach 7 % - stawkę VAT (roboty budowlane, roboty instalacji sanitarnej wewnętrznej, roboty elektryczne wewnętrzne), w pozostałych przypadkach podał 22 % stawkę VAT. Odwołujący nie potrafił podać, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie składając wyjaśnienia na ten temat, w której dokładnie pozycji elementów robót w wybranej ofercie zastosowano niewłaściwą stawkę VAT. W wyniku konfrontacji wyjaśnień Odwołującego z wyjaśnieniami Zamawiającego, przeprowadzonej na rozprawie, ustalono, że elementy robót zgrupowane w poszczególnych częściach elementów scalonych nie były wyłącznie podlegającymi opodatkowaniu według jednolitej stawki podatku VAT. Przykładowo roboty scalone – roboty budowlane I, w ramach których wyszczególniono roboty zewnętrzne – zespoły wejściowe Lp 18, zostały zakwalifikowane przez Odwołującego, jako roboty łącznie opodatkowane wg stawki 7 %. Tymczasem Zamawiający, przy braku skutecznego zaprzeczenia przez Odwołującego, wyjaśnił, że zespoły wejściowe, jako roboty zewnętrzne mogą być opodatkowane stawką i 7% i 22%, w zależności od tego, jak wykonawca przygotowujący ofertę, potraktuje poszczególne odcinki danego elementu robót. Tak samo wykazano w zakresie robót elektrycznych (IV), w Lp. 12 – pomiary powykonawcze, w ocenie Zamawiającego mogą one dotyczyć przebudowy linii kablowych NN, jak i wewnętrznych linii prowadzonych w budynku. Przy czym należy podnieść, że pomiary wykonawcze mają być dokonane niezależnie od rodzaju linii kablowych, w celu przeprowadzenia skutecznego odbioru robót. Odwołujący w swojej tabeli podał natomiast, że przebudowa linii kablowych NN opodatkowana jest podatkiem wg stawki 22 %, natomiast roboty elektryczne wewnętrzne stawką 7 % VAT. Podobnie w zakresie przyłączy do sieci sanitarnych (III), Odwołujący, jako elementy robót scalonych dla wszystkich przyłączy do sieci podał w swojej tabeli stawkę VAT 22%. Z załącznika nr 4 do siwz wynika, że przyłącza

do sieci sanitarnych wyszczególnione są w siedmiu pozycjach. Podnieść należy, że przyłącza znajdujące się wewnątrz budynku opodatkowane są stawką 7 %, natomiast na zewnątrz budynku stawką 22 %.

Podczas rozprawy Zamawiający obalił twierdzenia Odwołującego w zakresie niewłaściwie obliczonego podatku VAT (wartości) w wybranej ofercie.

Oceniając materiał dowodowy KIO zauważyła w szczególności, że Odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń zawartych w odwołaniu. Podczas rozprawy Odwołujący podniósł, zgłaszając wniosek o unieważnienie postępowania, że specyfikacja jest niewłaściwie sporządzona, bowiem nie daje Zamawiającemu możliwości oceny, czy w złożonych ofertach prawidłowo obliczono kwotę podatku VAT. Jednakże Odwołujący nie prosił o wyjaśnienie treści specyfikacji, inni wykonawcy również takich wniosków nie zgłaszali i żaden z wykonawców nie wniósł protestu na postanowienia siwz.

Należy więc stwierdzić, że treść specyfikacji była jasna i czytelna dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

KIO przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, że wykonawcy mieli prawo kwalifikować poszczególne elementy robót według własnej koncepcji ujęcia tych robót w wykazie cen ryczałtowych elementów przedmiotu zamówienia... zaszeregowując odpowiednio w ramach dziewięciu części robót scalonych (I-IX załącznik nr 4 do siwz, np. roboty zewnętrzne – zespoły wejściowe (I.18) mogły obejmować wykonanie chodników, które również mogły zostać ujęte w części V – drogi wewnętrzne, nawierzchnie i elementy ulic).

Reasumując powyższe, KIO stwierdziła, że Odwołujący przedstawił w odwołaniu i popierał na rozprawie subiektywny sposób przeprowadzenia kalkulacji stawki podatku VAT, nie wskazując konkretnie błędu w obliczeniu kwoty (wartości) VAT w wybranej ofercie, której to wyłącznie kwoty żądał Zamawiający w siwz.

Podnieść należy, że różnica w obliczeniu kwoty podatku VAT dokonana przez Odwołującego w stosunku do wskazanej w ofercie, stanowi kwotę 1.964, 09 zł, przy całkowitej kwocie podatku podanej w wybranej ofercie 315.371,21 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Odwołującego o unieważnienie postępowania. Wniosek ten został zgłoszony dopiero na rozprawie i jako taki nie mógł być rozpoznawany. Nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 2 Pzp. W postępowaniu złożono oferty, które można porównać w ramach kryterium oceny ofert, jakim była wyłącznie cena oferty. Zamawiający podniósł w czasie rozprawy, że ryczałtową cenę oferty stanowi cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Na podstawie powyższego KIO stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu, tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp., gdyż Odwołujący nie wykazał błędu w obliczeniu ceny wybranej oferty, polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT i na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*