

Sygn. akt: KIO 166/12

**WYROK**  
**z dnia 7 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawcę Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ZAB-BUD” Andrzej Zaboklicki, 00-466 Warszawa, ul. Nowosielska 14a. lok. 3 w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, 00-999 Warszawa, ul. Senatorska 29/31

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ZAB-BUD” Andrzej Zaboklicki, 00-466 Warszawa, ul. Nowosielska 14a. lok. 3 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Andrzeja Zaboklickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ZAB-BUD” Andrzej Zaboklicki, 00-466 Warszawa, ul. Nowosielska 14a. lok. 3 tytułem wpisu od odwołania;

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta na *dokończenie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa wielofunkcyjnego Centrum dla osób z chorobą Alzheimera wraz z modernizacją Domu Pomocy Społecznej przy ul. Nowoursynowskiej* - numer postępowania RZP-II-WI/29/DZP-1/2011 – wobec czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia swoje oferty - wykonawca Andrzej Zaboklicki (ZAB-BUD) wniósł w dniu 27 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 166/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2012 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanej wykonawcom w dniu 23 stycznia 2012 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące wynikiem rozstrzygnięcia postępowania, w którym nie wybrano oferty najkorzystniejszej, za jaką powinna być uznana oferta odwołującego, a którą zamawiający odrzucił. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie ofert z nieprawidłową stawką VAT.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wywodził, iż zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny jego oferty przez uznanie, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu stawki podatku VAT 8 % dla „demontażu zabezpieczeń” dla budynku A. Odwołujący wskazał na niesporne pomiędzy stronami ustalenie, iż budynek A klasyfikowany w grupie 113 klasie 1130 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, jako „budynek zbiorowego zamieszkania”, zaliczany do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, podlega opodatkowaniu stawką podatku VAT 8 % (zgodnie z art. 21 ust. 2 w zw. z ust. 12 ustawy o VAT). W ocenie odwołującego, demontaż zabezpieczeń mieści się w pojęciu „budowa” i podlega na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o VAT z opodatkowaniu według obniżonej stawki VAT 8%. O kwalifikacji tych prac jako roboty budowlanej, przesądzać ma ujęcie ich w przedmiarze robót stanowiącym element opisu przedmiotu

zamówienia. Swoje stanowisko odwołujący uzasadniał również orzecznictwem organów podatkowych, w którym wskazuje się, iż roboty pomocnicze należy opodatkować stawką właściwą dla świadczenia głównego, ze względu na brak możliwości wykonania robót lub użytkowania budynku bez ich wykonania. Interpretacje podatkowe powołane przez odwołującego miały wskazywać na konieczność potraktowania prac demontażowych jako usługi pomocniczej podlegającej opodatkowaniu stawką podatkową właściwą dla usługi kompleksowej, tj. 8%.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Izba uznała, iż zaskarżone czynności zamawiającego naruszały interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w ten sposób, iż zamykały drogę temu wykonawcy do uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Oferta odwołującego, mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza według jedyne go kryterium oceny – ceny. Jak wynika bowiem z protokołu postępowania, oferta odwołującego była najtańsza spośród ofert poddanych ocenie (tj. nie odrzuconych, lub nie uznawanych za odrzucone).

W oparciu o przedłożoną dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba dokonała poniższych ustaleń.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający w opisie sposobu obliczenia ceny (rozdział XXIV siwz) wymagał wskazania ceny brutto uwzględniającej podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z obowiązujących przepisów. W załączniku nr 1 do siwz – druk oferty, wykonawcy mieli określić cenę brutto oddzielnie dla części A i B, poprzez powiększenie łącznej wartości netto danej części o kwotę podatku VAT. Podstawę wyliczenia ceny miały stanowić kosztorysy sporządzone metodą uproszczoną, dla poszczególnych elementów prac objętych przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 22.12.2011 r. dotyczące wskazania stawki VAT dla poszczególnych elementów tabeli wartości scalonych (załącznika nr 1 do siwz), zamawiający

odwołał się do postanowień zawartych w rozdziale XXIV siwz, nakładających na wykonawców obowiązek określenia właściwej stawki podatkowej.

W odpowiedzi na pytania nr 40 i 59 z dnia 30.12.2011 r. zamawiający rozszerzył zakres prac o prace związane z demontażem zabezpieczenia budynków A, B i C przed warunkami atmosferycznymi, jakie należało uwzględnić w cenie oferty i przekazał wykonawcom dodatkowy przedmiar robót. Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 1 w piśmie z dnia 03.01.2012 r. zamawiający wprowadził do tabeli A (załącznik nr 1 do siwz – druk oferty) dodatkową pozycję (29) „Demontaż zabezpieczeń – budynek A, B i C”.

W ofercie odwołujący przedłożył na stronie 206 uproszczony kosztorys ofertowy dotyczący demontażu zabezpieczeń na budynkach A, B i C w łącznej wysokości 7.112,84 zł. bez podatku VAT. Wskazana wartość została przeniesiona do druku oferty w tabeli oznaczonej literą A w poz. 29 w rozbiciu na kwoty: 4.965,45 zł (budynek A) i 2.147,39 zł. (budynki B i C). Odwołujący przyjął dla wyliczenia kwoty podatku VAT demontażu zabezpieczeń stawkę 8% (budynek A) i 23% (budynki B i C). Łączna cena oferty brutto wyniosła 6.398.997,29 zł.

W piśmie z dnia 23.01.2012 r. zawierającym informację o wyniku postępowania, zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp., stwierdził, iż w części A - poz. 29 do wyliczenia ceny oferty należało zastosować 23% stawkę podatku VAT, bez względu na to, którego budynku dotyczyły roboty. Z uwagi na fakt, że roboty związane są z demontażem zabezpieczenia budynku przed szkodliwymi warunkami atmosferycznymi, a nie jego budową, zdaniem zamawiającego nie było możliwe zastosowanie stawki VAT 8%.

W oparciu o poczynione ustalenia faktyczne Izba uznała, iż podnoszone zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Decydującym dla takiego rozstrzygnięcia było stwierdzenie, iż odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny, przyjmując stawkę VAT 8 % dla prac związanych z „demontażem zabezpieczenia” budynku A, który to błąd nie kwalifikował się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego, prace związane z demontażem zabezpieczenia budynków nie mogły być uznane za prace pomocnicze, konieczne do prawidłowego wykonania roboty zasadniczej, obejmującej roboty budowlane polegające na budowie i modernizacji budynków. Jak wynika z okoliczności faktycznych, zabezpieczenie, którego demontaż odwołujący traktował jako robotę pomocniczą, miało chronić budynki przed negatywnym wpływem warunków atmosferycznych w okresie przestoju spowodowanego odstąpieniem przez zamawiającego od umowy zawartej z poprzednim wykonawcą. Nie można przyjąć, jak czynił to odwołujący, iż demontaż zabezpieczenia stanowi element prac nierozzerwalnie związanych z dokończeniem robót budowlanych, koniecznym do ich pełnego

zrealizowania. W ocenie składu orzekającego, samo ustalenie, że dane prace mają charakter przygotowawczy nie przesądza o kompleksowym charakterze całości prac. W tej konkretnej sytuacji nie można mówić o wystąpieniu nierozzerwalnego związku pomiędzy demontażem zabezpieczenia budynków, a dokończeniem robót budowlanych. Demontaż zabezpieczenia w żaden sposób nie wpływa bowiem na prawidłowe wykonanie właściwych robót budowlanych, a przynajmniej takiego wpływu odwołujący nie wykazał. Konieczność podjęcia pewnych działań poprzedzających wznowienie budowy nie jest wystarczająca dla przyjęcia, iż mają one przełożenie na jakość wykonania prac budowlanych i ich zakończenie. Izba nie kwestionowała, iż demontaż zabezpieczeń był konieczny do dokończenia robót budowlanych, co jednak nie oznaczało, iż przeprowadzenie demontażu wpływało na kontynuację procesu budowlanego. W ocenie Izby, ich wykonanie stanowi niezależny od dalszego zakresu czynności, etap realizacji przedmiotu zamówienia, a ich wykonanie nie wpływa na właściwe zakończenie robót budowlanych. Ponieważ powoływane przez odwołującego interpretacje indywidualne dotyczyły odmiennego zakresu czynności, nie mogły one mieć znaczenia dla stwierdzenia prawidłowości obliczenia ceny, stąd Izba pominęła je w swoich rozważaniach. Odwołujący dążył do uznania demontażu zabezpieczenia za prace pomocnicze, od których wykonania uzależnione jest właściwe zakończenie robót budowlanych. W ocenie składu orzekającego, takie stanowisko nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych, przede wszystkim z uwagi na odrębność tych czynności. Sam zamawiający dokonując modyfikacji treści specyfikacji, traktował wykonanie demontażu zabezpieczenia, jako czynność samodzielną niezależną od rodzaju budynków, na co wskazuje przygotowanie wspólnego dla budynków A, B i C przedmiaru robót. Demontaż zabezpieczenia faktycznie stanowi etap poprzedzający właściwą robotę budowlaną, jest związany z przygotowaniem placu budowy, a nie wykonaniem prac budowlanych na obiekcie. W tych okolicznościach, przy braku dowodów wskazujących na pomocniczy, w sensie wpływający na wykonanie robót budowlanych, charakter demontażu zabezpieczenia, Izba uznała, iż nie było podstaw do zastosowania przy obliczeniu ceny oferty jednolitej stawki podatku VAT 8%, dla całości prac, jakie miały być prowadzone na budynku A.

Mając na względzie wytyczną Sądu Najwyższego zawartą w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11, III CZP 53/11) o konieczności zbadania wystąpienia omyłki, Izba ustaliła, iż w okolicznościach dotyczących tego postępowania, nie zachodziła podstawa do poprawienia treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co prowadziło do stwierdzenia prawidłowości czynności odrzucenia oferty odwołującego dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ponieważ zamawiający nie wskazała zarówno w siwz, jak i odpowiedziach na pytania wykonawców, jaką stawkę podatku VAT należało przyjąć do obliczenia ceny oferty, błąd wykonawcy

popelniony przy ustalaniu właściwej stawki podatku nie mógł być potraktowany jako inna omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z uzasadnieniem Sądu Najwyższego, w takiej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, niezależna od stopnia zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Izba, kierując się motywami wskazanymi powyżej uznała, iż wykonawca przyjął nieprawidłową stawkę podatku VAT dla prac demontażowych zabezpieczenia budynku A, co spowodowało błędne obliczenie wartości brutto oferty i wypełniało przesłankę do odrzucenia tej oferty określoną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania.

**Przewodniczący: .....**