

Sygn. akt KIO/UZP 105/08

WYROK
z dnia 25 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w ~~dnia~~ 25.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WOD-KA-MEL S.A., ul. Brzeska 134, 21-500 Biała Podlaska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta i Gminy Góra Kalwaria, ul. 3 Maja 10, 05-530 Góra Kalwaria** protestu / protestów* z dnia 14.01.2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża WOD-KA-MEL S.A., ul. Brzeska 134, 21-500 Biała Podlaska i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WOD-KA-MEL S.A., ul. Brzeska 134, 21-500 Biała Podlaska,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **WOD-KA-MEL S.A., ul. Brzeska 134, 21-500 Biała Podlaska** na rzecz **Urząd Miasta i Gminy Góra Kalwaria, ul. 3 Maja 10, 05- 530 Góra Kalwaria**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WOD-KA-MEL S.A., ul. Brzeska 134, 21-500 Biała Podlaska.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę sieci kanalizacji sanitarnej z przepompownią ścieków w ul. Rybie wraz z przyłączami do granic działek (BZP z dnia 29.11.2007r. Nr 1000 poz. 235097), Zamawiający przekazał faksem, w dniu 09.01.2008r., informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty spółki ECO-WiK oraz o odrzuceniu między innymi oferty Odwołującego.

W dniu 15.01.2008r. (pismem z dnia 14.01.2008r.), z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, Odwołujący złożył protest, zarzucając Zamawiającemu bezpodstawne dopuszczenie do oceny i wybór oferty ECO-WiK Sp. z o.o. oraz bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oraz żądając wykluczenia spółki ECO-WIK z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że w Rozdziale XII pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej SIWZ - Zamawiający postanowił, że prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy oraz że należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11.03.2004r. o podatku

od towarów i usług (DZ.U Nr 54, poz. 535). Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 146 ust. 1 tej ustawy, w okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do 31.12.2007r. stosuje się stawkę w wysokości 7% w odniesieniu do robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą.

Odwołujący podniósł, że ze względu na termin realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia, który przypadnie po 31.12.2007r., prawidłowa stawka VAT wynosi 22%.

Wobec tego oferta ECO-WiK Sp. z o.o., w której wskazano stawkę VAT w wysokości 7%, winna zostać odrzucona jako oferta, która nie odpowiada treści SIWZ i jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 25.01.2008r., przekazanym Odwołującemu faksem w tym samym dniu, z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny, którego Zamawiający nie mógł poprawić w oparciu o art. 88 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że w rozdziale XII „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazał, iż prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy, zaś w pkt 7 tego rozdziału, podając podstawę prawną wskazał, że należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11.03.2004r. o podatku od towarów i usług.

Zamawiający podkreślił, że sprecyzował kwestię podatku VAT poprzez wskazanie w załączniku „A” -, tj. Istotnych postanowieniach umowy – 7% stawkę, a Odwołujący swoim oświadczeniem woli w ofercie zaakceptował warunki umowy bez zastrzeżeń.

Zamawiający stwierdził także, że Wykonawca mógł skorzystać z przysługującego mu prawa do żądania wyjaśnień treści oferty w trybie art. 38 ust. 1 lub złożyć protest na treść SIWZ.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-315/07, w którym skład orzekający uznał, że wykonawca ma obowiązek złożenia oferty ze stawką VAT obowiązującą w dniu złożenia oferty.

Zamawiający oddalił także zarzut naruszenia zasad i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podnosząc, iż nie naruszył tych przepisów, ponieważ wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia traktował na równych zasadach i prawach.

W dniu 30.01.2008r., pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dodatkowo podniósł, że wobec jednoznacznej treści SIWZ nie wniósł protestu, ani wniosków o wyjaśnienie jej treści.

Wskazał, że na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług to na podatniku, który wystawia fakturę spoczywa określenie (wyliczenie) stawki i kwoty VAT, zaś w wyniku wykonania umowy to właśnie wykonawca będzie zobowiązany do wystawienia faktury.

Nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, wyrażonym w rozstrzygnięciu protestu, że zdanie „Należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11.03.2004r. o podatku od towarów i usług” oznacza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mają obowiązek „złożenia oferty ze stawką VAT obowiązującą w dniu złożenia oferty”. Zdaniem Odwołującego zdanie to oznacza, że wykonawcy winni przyjąć stawkę podatku od towarów i usług zgodnie z przywołaną ustawą.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-2318/06, w którym skład orzekający uznał, że „Wykonawcy składający oferty winni stosować się do obowiązujących przepisów, co oznacza, iż nie mogą podawać stawki podatku VAT od robót określonych w art. 146 ustawy o podatku od towarów i usług w wysokości 7% jeżeli roboty te mają być wykonane w 2008r.”

Podniósł, że w SIWZ termin realizacji określono na 30.06.2008r. w związku z czym Zamawiający musiał się liczyć ze zmianą stawki (uchyleniem okresu przejściowego z 7% stawką).

Podkreślił także, że bez znaczenia dla określenia prawidłowej stawki podatku VAT jest to, że Zamawiający w istotnych postanowieniach umowy wskazał 7%, ponieważ obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, wynikający z bezwzględnie obowiązujących zapisów ustawy, spoczywa na wykonawcy. Postanowienia umowy nie mogą tych przepisów uchylać.

Odwołujący stwierdził także, że nawet w dacie składania ofert stawka 7% była nieuprawniona, ponieważ w zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z rozdziałem III SIWZ wchodzi również prace objęte stawką podatku VAT w wysokości 22% (opracowanie tymczasowej organizacji ruchu, obsługa geodezyjna).

Odwołujący zwrócił uwagę, że faktury wystawiane przez ECO-WiK będą wystawiane na inną niż przyjęta w ofercie stawką VAT co oznacza, że realna cena wykonania

zamówienia będzie, w przypadku podpisania umowy, wyższa niż cena brana pod uwagę przy ocenie ofert oraz wyższa od oferty Odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Obowiązek Zamawiającego, wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, polegający na podaniu w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, ma na celu wyeliminowanie rozbieżności w sposobie przygotowania przez wykonawców ofert w zakresie ceny oferty, a jednocześnie ma umożliwić Zamawiającemu ocenę porównywalnych, tj. opracowanych wg tych samych reguł, ofert.

Sposób obliczenia ceny jest zatem podawany dla zapewnienia porównywalności ofert na etapie ich oceny przez zamawiającego. Przede wszystkim jednak sposób obliczenia ceny ma umożliwić stronom dokonanie rzetelnych rozliczeń na podstawie umowy, zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na rzetelność tych rozliczeń składa się także kwota podatku od towarów i usług VAT.

W rozpatrywanej sprawie postanowieniem pkt 1 Rozdziału XII SIWZ Zamawiający wprowadził ryczałtowy charakter ceny, wskazując: „Cenę oferty należy podać jako cenę ryczałtową”. Potwierdzeniem tego jest także, opracowany przez Zamawiającego dla wykonawców na potrzeby tego postępowania, Formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ, w którym podano: „Cena ryczałtowa brutto za cały zakres robót wynosi PLN (słownie). W par. 12 ust. 2 Istotnych postanowień umowy Zamawiający zastrzegł także, że „Rozliczenie końcowe przedmiotu umowy nie może przekroczyć kwoty wynagrodzenia ryczałtowego”.

Natomiast postanowienia SIWZ dotyczące stawki podatku od towarów i usług VAT Zamawiający zawarł:

1. w Rozdziale XII w pkt 7 SIWZ, postanawiając, że „Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy. Należy przyjąć obowiązującą stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (DZ.U Nr 54, poz. 535)

oraz

2. w par. 7 Załącznika „A” do SIWZ, tj. Istotnych postanowieniach umowy, postanawiając w ust. 1: „Strony uzgodniły ryczałtową wysokość wynagrodzenia, które otrzyma Wykonawca za wykonanie całego przedmiotu umowy na kwotę netto

..... Do wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, zostanie doliczony podatek VAT w wysokości 7% tj. kwota (słownie złotych).

Z treści zacytowanego powyżej pkt 7 Rozdziału XII SIWZ wynika, że stawka, jaką Zamawiający nakazał przyjąć w tym postępowaniu przy obliczeniu ceny oferty, to stawka obowiązująca zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług VAT, przy czym skład orzekający Izby zwrócił uwagę, że sformułowanie „obowiązująca stawka podatku VAT zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług VAT” nie musi być znaczeniowo tożsame ze sformułowaniem „stawka podatku VAT zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług VAT”.

Kluczowym w tym przypadku jest przypisanie znaczenia wyrazowi „obowiązująca”. Każda stawka ustalona zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług jest obowiązująca w tym sensie, że w tej ustawie znajduje swoją podstawę - dzięki tej ustawie stawka VAT ma moc prawną.

W sytuacji, gdy ustawa wskazuje różne stawki podatku, które są właściwe w różnym czasie, wyraz „obowiązująca” można rozumieć w inny jeszcze sposób, a mianowicie jako odniesienie do konkretnego momentu w czasie.

Jednak Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie sprecyzował o jaki moment chodzi, a w szczególności, czy Zamawiający miał na myśli moment zatwierdzenia SIWZ (29.11.2007r.), moment upływu terminu składania ofert (19.12.2007r.), moment zakończenia realizacji zamówienia (30.06.2008r.) czy inny.

Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść, ani tego, że to Zamawiający ma wskazać w SIWZ stawkę podatku VAT, ani tego, że wykonawca ma obowiązek złożenia oferty ze stawką VAT, obowiązującą w dniu złożenia oferty.

O ile w przedmiotowej sprawie zasadnym jest przyjęcie, że postanowienia Rozdziału XII w pkt 7 SIWZ mogły powodować po stronie wykonawców trudności w ich interpretacji, o tyle postanowienie par. 7 Istotnych postanowieniach umowy w sposób jednoznaczny wskazywały stawkę podatku VAT w wysokości 7%.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że postanowienia SIWZ dotyczące stawki podatku VAT, bez względu na ich umiejscowienie, winny być uwzględnione przez wykonawców przy sporządzaniu oferty. Nie jest dopuszczalne pominięcie przez wykonawcę przy obliczaniu ceny ofertowej postanowień SIWZ, a w szczególności wskazanej stawki podatku, i uznanie jej za niebyłą.

Biorąc pod uwagę:

1. nałożenie na wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez treść par. 7 ust. 2 Istotnych postanowień umowy, obowiązku uwzględnienia stawki podatku od towarów i usług w wysokości 7%,
2. ryczałtowy charakter ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przyjęcie oznacza, że wynagrodzenie przysługuje za całość robót w jednej sumie pieniężnej lub w wartości globalnej i którego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów robót budowlanych, a nadto oznacza, że Zamawiający nie przewidział możliwości domagania się wynagrodzenia wyższego (patrz wyrok SN z 20.11.1998r. II CRM 913/07),
3. treść par. 12 ust. 2 Istotnych postanowień umowy, zastrzegającego, jako górną granicę zobowiązania Zamawiającego, kwotę wynagrodzenia ryczałtowego,
4. treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21.07.2006r. (III CZP 54/06) z której wynika między innymi, że „Strony oczywiście uwzględniają zwykle wysokość podatku przy ustaleniu wysokości świadczenia, co jednak nie uzasadnia wniosku, że de iure wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia. Występuje tu zależność odwrotna; wysokość podatku zależy od wysokości świadczenia uzgodnionego między stronami. Zmiana stawki podatku od towarów i usług nie jest więc samoistną podstawą do zmiany treści zobowiązania już choćby z tego względu, że po wzroście stawki podatku sprzedawcy nie muszą przerzucać zwiększonego obciążenia na nabywców”

skład orzekający Izby uznał, że:

1. wykonawcy, sporządzając ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winni zastosować przy obliczeniu ceny stawkę podatku od towarów i usług VAT w wysokości 7%,
2. pomimo zmiany stawki podatku VAT w okresie pomiędzy terminem składania ofert, a zawarciem umowy, nie ulegnie zmianie (podwyższeniu) cena wynagrodzenia brutto, tj. cena oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający w sposób nieuprawniony wskazał jako właściwą, jedną wysokość stawki podatku VAT, w tym również dla usług towarzyszących np. na opracowanie tymczasowej organizacji ruchu czy obsługę geodezyjną.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego co do odrzucenia oferty spółki ECO-WiK.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed Izbą na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*