

Sygn. akt KIO 2729/11

WYROK

z dnia 4 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Ewa Rzońca

Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2011 r. przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "EKOBUD" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostródzie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Powiatu Olsztyńskiego w Olsztynie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "EKOBUD" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostródzie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "EKOBUD" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostródzie 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 119, poz. 759 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Olsztyński - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa dwóch budynków barczewskiej filii Szpitala Pomocy Maltańskiej w Olsztynie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 302225, 18 listopada 2011. Wartość zamówienia jest niższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

16 grudnia 2011 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania.

21 grudnia 2011r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o. w Ostródzie wniosło odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp. Odwołujący zarzucił zamawiającemu odrzucenie jego oferty oraz dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Witka Sp z o.o. i Witka Krzysztof Krawczyk, dalej jako: „Konsorcjum Witka”, która powinna zostać odrzucona, co skutkuje wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu. Wskazując na naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Witka, powtórzenia czynności badania ofert i odrzucenia wybranej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w myśl postanowień art. 91 ust 1 ustawy.(co przy sklasyfikowaniu ofert prowadzi do wyboru naszej oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, przede wszystkim, że wszystkie przewidziane w postępowaniu ceny kosztorysowe obliczył przy zastosowaniu stawki podatku VAT 8%, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z 1 grudnia 2011, zatem brak jest jakichkolwiek przesłanek formalnych i prawnych do uznania, że oferta zawiera wadliwie obliczoną cenę . Podniósł, że zamawiający zaniechał odrzucenia wybranej oferty, zawierającej błędnie naliczony VAT - 23% do części kosztorysów oraz niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej również jako: „specyfikacja” w zakresie odpowiedzi na pytanie z 1 grudnia 2011r.

Dodatkowo zarzucił, że wybrany wykonawca nie uwzględnił odpowiedzi na pytanie 20 z 2 grudnia 2011 - nie doliczył do ceny oferty montażu siłowników okien. Zgodnie z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia pominięcie pozycji powinno skutkować odrzuceniem oferty, gdyż błędu tego nie można poprawić na podstawie 87 ust 2 Pzp.

Konsorcjum WITKA zgłosiło przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba uznała przystąpienie za bezskuteczne. Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania oraz przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania 23 grudnia 2011r. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie przekazując je Prezesowi Izby za pośrednictwem faksu i przesyłając pocztą.

Art. 185 ust. 2 Pzp zastrzega dla zgłoszenia przystąpienia formę pisemną lub formę elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu oraz wskazuje zawity termin 3 dni na zgłoszenie przystąpienia. Termin, w którym przystąpienie w przepisanej formie winno wpłynąć do Prezesa Izby kończył swój bieg 27 grudnia 2011r. (art. 115 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Zgłoszenie przystąpienia 28 grudnia 2011r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby) nastąpiło z uchybieniem terminu i nie wywiera skutków prawnych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie nie uwzględnił zarzutów odwołania. Wskazał m.in. na uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011r. (III CZP 52/11), uznającą błędne wskazanie podatku VAT za błąd w obliczeniu ceny. Oceniał, że odpowiedź z 1 grudnia 2011r. Odnosiła się jedynie do sposobu wskazania ceny w formularzu oferty i nie uzasadnia działania odwołującego.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp rozpoznała wyłącznie zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego. Kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty, w postępowaniach, których wartość jest niższa, od kwot ustalonych na podstawie przepisów wskazanych w art. 11 ust. 8 Pzp jest niedopuszczalne. Art. 180 ust. 2 Pzp zawiera zamknięty katalog czynności zamawiającego, od których przysługuje odwołanie, w postępowaniach o niższej wartości. Podnoszenie zarzutów wobec konkurujących wykonawców oraz dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty nie zostało dopuszczone przez ustawodawcę.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XII ust. 1 specyfikacji, opisując sposób obliczenia ceny oferty, zamawiający zobowiązał wykonawców do podania w formularzu ofertowym ceny za całość przedmiotu zamówienia, zgodnie z przedłożonym kosztorysem ofertowym uproszczonym. Wymagał podania ceny brutto wraz z należnym podatkiem VAT w złotych (liczbowo i słownie) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz wyszczególnieniem ceny netto.

Z kolei w rozdziale XIII specyfikacji w ramach opisu kryteriów oceny ofert, zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium oraz oświadczył, że prawidłowe ustalenie podatku VAT, należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.

W toku postępowania zamawiający udzielał wyjaśnień treści specyfikacji.

Jeden z wykonawców zapytał: „Czy zamawiający dopuści zastosowanie stawki VAT 8% w ofercie na instalację gazów medycznych i pozwoli na określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte stawką 23% i 8%

Cena netto (instalacja gazów medycznych).... zł;

Stawka VAT (instalacja gazów medycznych) 8%;

Cena netto (zadanie budowlano – instalacyjne).... zł;

Stawka VAT (zadanie budowlano – instalacyjne) 23%;

Cena netto na wykonanie zadania (ogółem).....zł;

Cena brutto na wykonanie zadania (ogółem).....zł

(...) dostawa instalacji gazów medycznych (systemu rurociągowego dla gazów medycznych) uznanych za wyrób medyczny podlega opodatkowaniu stawką w wysokości 8% (na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT). Możliwość przedstawienia ceny oferty z wyszczególnieniem dwóch stawek VAT pozwoli na zmniejszenie kosztów zadania inwestycyjnego.”

W piśmie z 1 grudnia 2011 r. zamawiający odpowiedział, że „nie zezwala na określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23% i 8%. Zamawiający w pkt 7 formularza cenowego wskazał, że oferent winien podać wyłącznie cenę brutto. W kwestii dopuszczenia zastosowania podatku VAT 8% na instalację gazów medycznych zamawiający wyjaśnia, że inwestycja prowadzona przez zamawiającego usytuowana jest w obiekcie mającym być instytucją ochrony zdrowia sklasyfikowanym wg PKOB w klasie 1264. Powyższy obiekt objęty jest definicją społecznego i programu mieszkaniowego, o której mowa w art. 41 ust. 12A ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004r. Nr 54, poz. 535 ze zm.) i do robót budowlanych dotyczących w/w obiektu ma zastosowanie preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 8% na podstawie art. 41 ust. 2 cytowanej ustawy. Sposób sklasyfikowania obiektu został wskazany w rozdziale XII ust. 4.”

Jednocześnie zamawiający zmienił postanowienie rozdziału XII ust. 1 specyfikacji przez skreślenie słów „oraz wyszczególnieniem ceny netto”.

Po otwarciu ofert zamawiający ustalił, że dwóch wykonawców złożyło oferty z ceną obliczoną przy zastosowaniu dwóch stawek podatku VAT (w tym wykonawcy, którzy złożyli najkorzystniejszą ofertę), dwóch z ceną obliczoną przy zastosowaniu jednolitej

preferencyjnej stawki podatku – 8% (w tym odwołujący), dwóch z ceną obliczoną z zastosowaniem wyłącznie stawki podstawowej.

Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odrzucił wszystkie oferty z ceną obliczoną przy zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że rezygnacji z konieczności wskazania ceny oferty netto dokonał w celu ułatwienia sobie porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący, wnoszący odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. W okolicznościach sporu na szczególne podkreślenie zasługuje, że mimo niedopuszczalności podnoszenia zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, wobec różnic w zastosowaniu stawki VAT, potwierdzenie zarzutów odwołania daje odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udzielić można wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołanie podlega oddaleniu, mimo iż podniesione w nim zarzuty okazały się zasadne.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011r. (III CZP 52/11) potwierdziła ustalony w dotychczasowym orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym podanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd uzasadniający odrzucenie oferty na podstawie przywołanego przepisu.

Należy jednak zauważyć, że spoczywający na wykonawcy obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku od towarów i usług może podlegać ocenie wyłącznie przy uwzględnieniu ustalonych przez zamawiającego postanowień specyfikacji zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji.

Zamawiający wymagał podania wyłącznie ceny ofertowej brutto. Ustalenie to odpowiada prawu, w art. 2 ust. 1 ustawa wskazuje bowiem, że pod pojęciem ceny oferty należy rozumieć cenę zawierającą podatek od towarów i usług należny na podstawie odrębnych przepisów. W konsekwencji podatek od towarów i usług, za wyjątkiem wynikającym z art. 91 ust. 3a Pzp winien zostać uwzględniony w cenie oferty, nie musi być natomiast odrębnie wyszczególniony w treści oferty.

Wobec braku konkretyzacji w treści specyfikacji wymagań dotyczących podatku VAT, żądania podania wyłącznie całościowej ceny bez odrębnego wskazania kwoty lub stawki

podatku, przesądzające znaczenie uzyskują wyjaśnienia zamawiającego udzielone w piśmie z 1 grudnia 2011r.

Podnieść trzeba, że wyjaśnienia treści specyfikacji stanowiące jej wykładnię wiążą uczestników postępowania o udzielenie zamówienia na równi z postanowieniami specyfikacji. Zamawiający udzielając wyjaśnień obowiązany jest do formułowania odpowiedzi w sposób jednoznaczny, wyłączający możliwość arbitralnego działania na późniejszym etapie postępowania.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, iż wyjaśnienia udzielone 1 grudnia 2011r. odnoszą się wyłącznie do stawki podatku VAT w odniesieniu do instalacji gazów medycznych, z treści odpowiedzi nie sposób wywieść, że zamawiający uznawał za prawidłowe obliczenie ceny oferty z zastosowaniem dwóch stawek podatkowych, przy przyjęciu stawki preferencyjnej wyłącznie do prac dotyczących *stricte* budynków i wymagał w odniesieniu do pozostałych prac podstawowej stawki 23 %. Przeciwnie, Izba ocenia, że przez sformułowanie „nie zezwala na określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23% i 8%”, ale przede wszystkim przez wskazanie, że prace prowadzone są w obiekcie, którego dotyczy stawka preferencyjna, bez ograniczenia zakresu tych prac, zamawiający ustalił regułę dotyczącą obliczenia ceny oferty, o generalnym charakterze. Wskazał na prowadzenie ogółu robót w obiekcie, podlegającym z mocy obowiązujących przepisów stawce preferencyjnej. Doniosły jest fakt, że zamawiający jednocześnie odstąpił od wymagania podania ceny netto.

Izba ocenia, że powyższe wskazuje na wymaganie przez zamawiającego, aby w cenie oferty zastosowana była jednolita, preferencyjna stawka podatku od towarów i usług. Wyłącznie taka interpretacja, czyni spójnymi ogół wymagań zamawiającego zawartych w specyfikacji. Skoro kosztorysy ofertowe zawierają wyłącznie ceny netto, a zamawiający wykonane prace będzie rozliczał za pomocą kosztorysu powykonawczego, to jedynie przyjęcie, że dla obliczenia ceny oferty zastosowanie znajdzie, w odniesieniu do wszystkich prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, jednolita stawka podatku od towarów i usług, daje zamawiającemu wiedzę na temat według jakich wartości będzie rozliczał wszystkie prace wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Interpretacja przeciwna, nie daje zamawiającemu niezbędnej i wynikającej z oświadczenia wykonawcy – treści oferty - wiedzy, jaki będzie koszt poszczególnych pozycji.

Jeśli intencją zamawiającego było wskazanie, że nie zgadza się jedynie na prezentację ceny oferty z wyodrębnieniem prac podlegających opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT, natomiast przy obliczeniu ceny oferty wymaga zastosowania dwóch różnych stawek w zależności od rodzaju prac, winien wyrazić to jednoznacznie najpóźniej w treści wyjaśnień z 1 grudnia 2011r. Tymczasem wyjaśnienia te, czytane wspólnie z postanowieniami specyfikacji nie dają podstaw do tezy prezentowanej przez zamawiającego.

Treść wyjaśnień uzasadnia działanie odwołującego polegające na zastosowaniu do obliczenia ceny oferty jednolitej stawki VAT 8 %.

Zamawiający odmówił uznania za prawidłowe zastosowanie jednolitej preferencyjnej stawki podatku przez odwołującego wskazując, że nie został mu przedstawiony dowód w postaci interpretacji indywidualnej dyrektora właściwej Izby Skarbowej. Tymczasem stanowisko, samego zamawiającego odnośnie konieczności podziału stawek oraz kryteriów zastosowania poszczególnych stawek, nie jest poparte niczym, oprócz interpretacji postanowień specyfikacji i udzielonych wyjaśnień, której Izba nie podziela. Tymczasem to na zamawiającym, jako wywodzącym ze swoich twierdzeń skutek prawny w postaci odrzucenia oferty odwołującego spoczywa ciężar dowodu zaistnienia w ofercie odwołującego błędu w obliczeniu ceny oferty wynikającego z zastosowania błędnej stawki podatku od towarów i usług, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp.

Nie można pominąć poglądu wyrażanego w orzecznictwie i piśmiennictwie, w myśl którego jeśli przedmiot postępowania stanowi jedno świadczenie, jedną całość z ekonomicznego punktu widzenia, to winien być traktowany jako jedna czynność podatkowa, która nie powinna być dzielona w sposób sztuczny, wyłącznie do celów podatkowych. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 9 czerwca 2006 roku (sygn. akt. II Ca 642/06, niepubl) wywiódł, że jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter. .

Na marginesie jedynie należy podnieść sprzeczność w stanowisku samego zamawiającego, który z jednej strony żąda w specyfikacji podania wyłącznie ceny brutto, chcąc zwolnić się z konieczności ustalania stawek podatku, z drugiej strony natomiast bada wysokość tych stawek i na podstawie własnych arbitralnych ustaleń dokonuje odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest odrzucenie oferty uwzględniającej wyjaśnienia treści specyfikacji.

Potwierdzenie zarzutów odwołania nie może jednak przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Art. 192 ust. 2 Pzp pozwala na uwzględnienie odwołania wyłącznie w razie stwierdzenia, że naruszenia przepisów ustawy wywierają wpływ na wynik postępowania. Skoro art. 180 ust. 2 Pzp uniemożliwia odniesienie się przez Izbę do prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, to stan sprawy ustalony w toku postępowania jest taki, że wynik postępowania nie uległ zmianie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: