

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 lutego 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 3 stycznia 2019 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Północ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 grudnia 2018 r., (znak: UZP/DKZP/KND/20/18) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.:

budowa budynku wielorodzinnego wraz z garażem podziemnym przy ul. T. Korzona w Warszawie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Agata Mikołajczyk
	Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął w dniu 22.12.2018 r., na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie inwestycji pod nazwą „Budowa budynku wielorodzinnego wraz z garażem podziemnym przy ul. T. Korzona w Warszawie”. W sprawie przeprowadzenia kontroli wpłynął do Prezesa UZP wniosek Wykonawcy Mar-Bud Sp. z

ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli z dnia 21.12.2018 r. stwierdził naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DORBUD S.A., która zawierała nieprawidłową stawkę podatku VAT w zakresie *wyburzenia i rozbiórki istniejącej zabudowy*;
2. § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych w zw. z art. 35 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przeliczenie wartości szacunkowej zamówienia w euro.

W uzasadnieniu stwierdzonych naruszeń wskazano na zapisy siwz dotyczące zakresu przedmiotowej inwestycji, dla której należało wyliczyć cenę w oparciu o dokumentację techniczną, którą następnie należało wpisać w formularzu „Oferta” wraz z ceną netto powiększoną o kwotę podatku VAT (pkt 15 rozdział I siwz).

W postępowaniu złożonych zostało pięć ofert, w których uwzględniono różne stawki VAT, tj. w trzech ofertach przyjęto stawkę 8% i 23%, w jednej stawkę 8%, a w jednej ofercie nie wskazano stawki VAT. Dokonując czynności badania ofert Zamawiający wezwał Wykonawców o wyjaśnienie dotyczące zastosowanych stawek VAT. Następnie uznał, iż wszyscy Wykonawcy przedstawili dostateczne wyjaśnienia uzasadniające przyjęte stawki i nie odrzucił żadnej z ofert. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Wykonawcy DORBUD S.A., który w swojej ofercie przyjął dwie stawki podatku VAT – 8% dla robót budowlanych związanych z budynkiem, w tym dla wyburzenia i rozbiórki istniejącej zabudowy, wykończenia ścian zewnętrznych istniejącego budynku oraz do części robót sanitarnych i elektrycznych, 23% VAT do pozostałych robót.

W opinii Prezesa UZP w niniejszej sprawie nie było możliwe dokonanie porównania ofert, których ceny zostały wyliczone w różny sposób, co czynić ma nieprawidłowymi czynność oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej (uchwała S.N. z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). W sytuacji, gdy Zamawiający nie podał w siwz konkretnej stawki podatku VAT, na Wykonawcy spoczywał obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualne przepisy, a następnie oceny przyjętych do wyliczenia ceny ofert składników cenotwórczych, jakim jest stawka podatku VAT. Przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi o błędzie w obliczeniu ceny i zastosowanie winien mieć przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze indywidualną interpretację podatkową z dnia 19.05.2015 r., wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie – obniżona stawka 8% przewidziana w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT nie znajduje zastosowania do czynności dokonania rozbiórki istniejącej na

nieruchomości zabudowy, gdyż nie zostały one wymienione w przepisie, w którym mowa o dostawie, budowie, remoncie, modernizacji, termomodernizacji, przebudowie obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 6.12.2016 r. (sygn. I Sa/Gd 1162/16), w którym odwołano się do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3.06.2013 r. (sygn. I FPS 7/12) w *pojęciach: budowa, remont i przebudowa (...) na pewno nie mieści się rozbiórka mieszkaniowego obiektu budowlanego, która to czynność pozostaje zresztą w całkowitej sprzeczności z celem tych unormowań, wspierających tworzenie oraz utrzymanie substancji mieszkaniowej na możliwie najmniej dla konsumentów dolegliwym pod względem ekonomicznym poziomie (stąd obniżony VAT), a nie jej likwidacja, co stanowi cel rozbiórki. Nawet gdyby przyjąć, że rozbiórka ma poprzedzać tworzenie nowych obiektów budownictwa mieszkaniowego, to biorąc pod uwagę szczególny charakter tych norm i konieczność ich ścisłej wykładni, przy jednoczesnej możliwości rozdzielenia tych procesów (rozbiórki i budowy), brak jest podstaw do objęcia czynności rozbiórki mieszkaniowego obiektu budowlanego obniżoną stawką VAT.*

Zamawiający ostatecznie nie ustalił, która stawka podatku jest prawidłowa, nawet w chwili złożenia odwołania przez Wykonawcę MAR-BUD Sp. z o.o. na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, zawierającej nieprawidłową, obniżoną stawkę podatku VAT. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu, a po odrzuceniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp) unieważnił *uznanie odwołania z uwagi na fakt, że zainicjowane przez Mar-Bud postępowanie odwoławcze zostało formalnie zakończone bez rozstrzygnięcia co do istoty sprawy.*

W związku z powyższym zaniechanie prawidłowej oceny zastosowania stawki podatku VAT doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do wyliczonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonej w dniu 30.06.2016 r. na kwotę 16.064.847,57 zł. Zamawiający dokonał przeliczenia według innego kursu euro, niż obowiązujący w tej dacie – 4,1749 (§ 1 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 28.12.2015 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, Dz. U. z 2015 r. poz. 2254). Zamawiający wskazał wartość 3.848.199,37 euro, a prawidłowa wartość wynosi 3.847.959,85 euro.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W piśmie z dnia 3.01.2019r., wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7.01.2019 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia.

Wskazując na dochowanie zasad z art. 7 ustawy Pzp, na jakich udzielone zostało zamówienie, Zamawiający odniósł się do przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego dotyczącego stawek podatku VAT przyjętych przez Wykonawców w tym postępowaniu i uzyskanej opinii służby finansowej. W ocenie Zamawiającego oferty, w których zaoferowano różne stawki podatku VAT były porównywalne, a złożone wyjaśnienia nie dawały podstaw do uznania ich za nieprawidłowe. Przy różnych opiniach eksperckich i przeważającym poglądzie, iż budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego, będąca usługą kompleksową, jest opodatkowana 8% stawką podatku VAT, Zamawiający nie miał podstaw uznać, iż zaoferowana przez DORBUD SA cena zawiera błąd w obliczeniu, tym bardziej, iż była to cena ryczałtowa za kompleksową robotę budowlaną. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Wykonawcy, w których ten wskazał, iż w sytuacji gdy roboty budowlane, w tym roboty rozbiórkowe, stanowią integralną część zadania inwestycyjnego, którego przedmiotem jest budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego, realizowanego w ramach przepisów o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego, podlegają 8% stawce VAT. Dla przyjęcia stawki 8% zostały spełnione przesłanki z art. 41 ust. 12 ustawy VAT, tj. zakres wykonanych robót budowlanych dotyczył budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy, robót konserwacyjnych budynków, które prowadzone były na obiektach zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Ponieważ odrzucenie odwołania prowadziło do pozbawienia skuteczności oświadczenia Zamawiającego o jego uwzględnieniu, mógł on uznając prawidłowość oceny ofert, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej (postanowienie KIO z 23.02.2011 r., sygn. akt KIO 264/2011).

Zamawiający przywołał fragment uzasadnienia wyroku KIO w sprawie 874/11, w którym wskazano, jako odpowiedzialnego na gruncie przepisów podatkowych za prawidłowe ustalenie wysokości podatku VAT, wykonawcę dokonującego klasyfikowania przedmiotu opodatkowania do właściwej grupy statystycznej. Składając ofertę wykonawca winien uwzględnić odpowiednią – jego zdaniem – stawkę podatku VAT, co stanowi wyłączne uprawnienie podatnika – wystawcy faktury, czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych.

Zamawiający zakwestionował, jako nieodpowiednie do stanu faktycznego występującego w sprawie, interpretację podatkową oraz wyrok WSA, przywołane w uzasadnieniu informacji dla stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jako wiążące dla spraw, w jakich zostały wydane, nie mogą stanowić podstawy do ustalenia właściwej stawki podatku VAT w

przedmiotowym zamówieniu.

Z uwagi na wielość opinii dotyczących opodatkowania całej inwestycji Zamawiający odwołał się do przepisów prawa budowlanego i rozumienia „budowy” oraz „roboty budowlanej”, zgodnej z art. 3 pkt 6 i 7. Zamawiający uznał, że roboty budowlane mające na celu wybudowanie budynku należy traktować, jako usługę kompleksową, obejmująca z ekonomicznego punktu widzenia wiele świadczeń pomocniczych, których realizacja prowadzi do jednego, określonego celu – wykonania świadczenia głównego – wybudowania budynku. Prowadzenie prac rozbiórkowych, było jedynie elementem świadczenia usługi kompleksowej i nie stanowiło dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz było środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej. Z orzecznictwa TSUE jednoznacznie wynika, że w sytuacji gdy (...) *dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych od wartości dodanej (wyrok TSUE C-111/05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket; C-41/04 Levob Verzekeringen BV v. OV Bank NV).*

Gdyby nawet uznać, z czym Zamawiający się nie zgadza, że zastosowana do robót rozbiórkowych stawka była nieprawidłowa, to przyjęcie stawki 23% pozostawałoby bez wpływu na wynik w postępowaniu, gdyż oferta wybrana nadal byłaby najtańsza. Nie zmieniałoby to sytuacji pozostałych Wykonawców, jak również nie wpływałoby na możliwość uzyskania przez nich zamówienia.

W odniesieniu do dokonanego szacunku wartości zamówienia Zamawiający zaprzeczył ustaleniom kontrolującego wskazując na dokumentację postępowania – wniosek o wyrażenie zgody na wszczęcie postępowania, w którym wskazana wartość zamówienia podstawowego wyniosła 15.300.807,21 zł, a wartość zamówień przewidywanych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 lub 7, wyniosła netto 765.040,36 zł. Zatem kwota euro obliczona została zgodnie z rozporządzeniem z 28.12.2015 r. od wartość szacunkowej w kwocie netto 16.065.847,57 zł i wyniosła 3.848.199,37 euro. Przyjęta do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia wartość zamówienia podstawowego prawidłowo wskazana została również w dokumencie pod nazwą „Zestawienie kosztów realizacji inwestycji budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. T.Korzona – aktualizacja kosztorysu inwestorskiego 15.06.2016” – w poz. 29: RAZEM branża arch-bud-inst. w kwocie 15.300.807,21 zł. netto. W protokole postępowania ZP-PN popełniono oczywistą omyłkę pisarską wskazując w części 2 ust. 4 zamiast wartości 16.065.847,57 zł, wartość 16.064.847,57 zł. Do wyliczenia wartości szacunkowej faktycznie przyjęto prawidłową kwotę z zestawienia kosztów wskazanych do wniosku oraz prawidłowy kurs złotego do euro wynoszący 4,1749 zł, a zatem nie doszło do

naruszenia przepisów rozporządzenia, wskazanego w informacji o wyniku kontroli.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymała w części stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.

Pismem z dnia 21.01.2019 r. znak: UZP/DKZP/PWKZ/421/19(8)/18/AI dot. KND/20/18 Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wskazane jako drugie naruszenie, dotyczące przeliczenia wartości szacunkowej zamówienia według kursu euro, Prezes UZP uwzględnił.

Utrzymując wcześniejsze stanowisko w przedmiocie dotyczącym błędnej stawki VAT przyjętej w ofercie wybranej, w odpowiedzi wskazano na niedostateczny zakres działań Zamawiającego, który nie wystąpił do Ministra Finansów o wyrażenie opinii, na co wskazywał Dyrektor finansowy wypowiadając się w przedmiocie stawki 8% mającej mieć zastosowanie do kompleksowej usługi budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego. Z uwagi na rozbieżne wyjaśnienia Wykonawców Zamawiający powinien dążyć do ustalenia, czy oferty zawierające dwie stawki 8% i 23% są prawidłowe.

Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego prezentowane w zastrzeżeniach co do kompleksowości roboty budowlanej mającej uzasadniać przyjęcie jednolitej stawki 8% za roboty rozbiórkowe, to zdaniem Kontrolującego wówczas do całego zamówienia powinna być zastosowana jedna stawka podatku VAT. Taka sytuacja nie miała miejsca, chociażby ze względu na fakt, iż Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawców (zawierające obie stawki podatku VAT) za wystarczające i nie budzące wątpliwości. Ponadto, traktowanie odrębnych świadczeń, jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku VAT (wyrok NSA z 1.06.2011 r., sygn. akt I FSK 869/10, wyrok NSA z 6.06.2012 r., sygn. akt I FSK 1374/11).

Ponieważ pojęcie „świadczenia złożonego” stanowi wytwór orzecznictwa, w każdej sprawie należy indywidualnie i wąsko interpretować stan faktyczny. Odnosząc się do rozumienia na gruncie orzecznictwa europejskiego „świadczenia jednolitego” Prezes UZP przywołał wyrok Trybunału z 6.07.2006 r. w sprawie C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs Excise, w którym wskazano na potrzebę prymatu ochrony zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw, jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego.

Według ukształtowanej linii orzecniczej, roboty rozbiórkowe stanowią odrębne od budowy budynku mieszkalnego usługi podlegające opodatkowaniu różnymi stawkami VAT. Wskazano ponownie na wyrok WSA z 6.12.2016 r. (sygn. I Sa/Gd 1162/16 – przywołany w informacji) oraz dodatkowo na wyrok NSA z 28.08.2013 r. (sygn. akt I FSK 1346/12), w

którym skład orzekający stwierdził, że do prac rozbiórkowych mieszkaniowego obiektu budowlanego nie ma zastosowania obniżona stawka VAT, z wyjątkiem przypadków, gdy prace te są koniecznym elementem przebudowy takiego obiektu. W przedmiotowej sprawie taki wyjątek nie zachodzi.

Prezes UZP zgodził się z Zamawiającym, iż rozbiórka obiektu budowlanego mieści się w pojęciu robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego. Nie mieści się jednak w katalogu czynności określonych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, które nie wyczerpują w pełni zakresu definicji robót budowlanych. Odpierając argument o braku wpływu stawki podatku VAT na sytuację w postępowaniu, Prezes UZP w ślad za uchwałą Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11) wskazał, iż oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT wpływającą na wysokość ceny brutto zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając opinię w zakresie podtrzymanego stanowiska Prezesa UZP o naruszeniu przepisów Ustawy Pzp Izba miała na uwadze ustalenia faktyczne, wynikające z zapisów siwz oraz oferty DORBUD S.A wraz z wyjaśnieniami tego Wykonawcy, dotyczącymi przyjętej stawki VAT dla robót rozbiórkowych, w oparciu o które sformułowany został wniosek, iż wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp.

Prezes UZP uznał, iż oferta wybranego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny wynikający z przyjęcia błędnej, tj. 8% stawki podatku VAT za element prac objętych zamówieniem, jakim były roboty rozbiórkowe.

W oparciu o opis zakresu zamówienia zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 22.12.2016 r., opublikowanym w TED nr 372858 oraz z 3.01.2017 r. nr 1385, Izba ustaliła, iż stanowiąca przedmiot inwestycji budowa budynku wielorodzinnego z garażem podziemnym przy ul. Korzona w Warszawie wymagała dokonania rozbiórki trzech budynków mieszkalnych znajdujących się na nieruchomości położonej w Warszawie przy ul. Korzona i przy ul. Chyrowskiej os „Targówek Mieszkaniowy”, na co wydana została ostateczna decyzja 18/R/T/15 z dnia 11.09.2015 r. o pozwoleniu na rozbiórkę. Zakresem zamówienia objęto również odtworzenie tynku i ewentualnie izolacji termicznej ściany zewnętrznej istniejącego budynku wspólnoty mieszkaniowej przy ul. Chyrowskiej 4/6/8 w Warszawie, po wyburzeniu budynku mieszkalnego przy ul. Chyrowskiej 10.

W dniu 30.01.2017 r. Zamawiający dokonał otwarcia pięciu ofert złożonych w postępowaniu,

wskazując w protokole Nr 5/2017 na zaoferowane ceny brutto, w tym najniższą ofertę DORBUD S.A – 10.670.000,00 zł. Dokonując czynności oceny ofert komisja przetargowa w protokole nr 6/2017 odnotowała w pkt 9, iż *wszystkie pozostałe oferty zawierają różne stawki podatku VAT, tj.: 3 firmy podały 8% i 23%, jedna firma 8%*. Wykonawca PBM POLSKI DOM Sp. z o.o. nie wpisał podstawy stawki podatku VAT (pkt 7 protokołu). Wykonawcy wezwani zostali do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym przyjętych stawek VAT. Po zakończonej analizie wyjaśnień Zamawiający porównał cztery oferty stosując przyjęte w postępowaniu kryteria, a w kryterium cena najniższa porównywał ceny brutto z ofert (protokół nr 9).

Zgodnie z wzorem formularza „oferta” wykonawcy w pkt 3 składali oświadczenie o zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia za cenę brutto wyrażoną liczbowo oraz słownie, wraz z podaną stawką VAT wyrażoną procentowo oraz kwotowo w zł. za całość prac.

Wykonawca DORBUD S.A. w ofercie w pkt 3 zaoferował cenę brutto: 10 670 000,00 zł. (słownie: dziesięć milionów sześćset siedemdziesiąt tysięcy i 00/100), w tym 8% i 23% w kwocie 846 636,42 zł podatku VAT.

W wyjaśnieniach z 10.02.2017 r. Wykonawca wskazał, iż *Parametry powierzchniowe i funkcjonalne budynku spełniają uwarunkowania, jakie wskazuje ustawodawca w celu sklasyfikowania obiektu mieszkaniowego jako objętego społecznym programem mieszkaniowym. Pozwala to na zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT dla przedmiotowego budynku (...) Infrastruktura towarzysząca budownictwu mieszkaniowemu podlega opodatkowaniu podstawową stawką VAT w wysokości 23% (...) Przepisy podatkowe regulujące kwestię stawki podatku VAT dla prac polegających na rozbiórce budynków mówią, że dla tego typu robót istotny jest rodzaj wykonywanych usług, a w szczególności fakt, iż dotyczą one obiektów budownictwa mieszkaniowego. W sytuacji gdy roboty rozbiórkowe istniejącego budynku stanowią część zadania inwestycyjnego, którego przedmiotem jest budowa budynku mieszkalnego, to należy je opodatkować 8% stawką VAT.* Wyliczając cenę oferty brutto Wykonawca przyjął stawkę 8% między innymi dla prac wyburzeniowych i rozbiórkowych istniejącej zabudowy.

Zamawiający w dniu 14.03.2017 r. dokonał wyboru oferty DORBUD S.A. W dniu 25.04.2017 r. Zamawiający zawarł umowę o roboty budowlane z wybranym w postępowaniu Wykonawcą. W § 10 ust. 1 i 2 określono wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy w kwocie brutto 10.670.000,00 zł., na które składa się kwota netto w wysokości 9.823.363,58 zł oraz podatek VAT w wysokości 8% i 23%, w kwocie 846.636,42 zł. Pismem z dnia 6.10.2017 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy i wezwał Wykonawcę do

zapłaty i wykonania obowiązków.

Odnosząc się do podstawy podtrzymanego przez Prezesa UZP naruszenia Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż czynność oceny oferty wybranej złożonej przez DORBUD S.A naruszała przepisy Ustawy Pzp w ten sposób, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, tj. uwzględniającej nieprawidłową stawkę podatku VAT 8% dla robót rozbiórkowych i wyburzeniowych.

Zasadniczym dla prezentowanej w dalszej części opinii zagadnieniem pozostawało ustalenie, czy prace rozbiórkowe stanowią element niezbędny i konieczny dla wykonania robót budowlanych obejmujących budowę obiektu mieszkalnego, a tym samym jako usługa kompleksowa podlegają opodatkowaniu wspólną stawką podatku VAT 8%. Roboty rozbiórkowe nie mieszczą się bowiem w katalogu czynności określonych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, wymienionych enumeratywnie, jako dostawa, budowa, remont, modernizacja, termomodernizacja, przebudowa obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, dla których ustawodawca przewidział preferencyjną stawkę podatku VAT.

Zamawiający uznał, że roboty budowlane mające na celu wybudowanie budynku należy traktować, jako usługę kompleksową, obejmująca z ekonomicznego punktu widzenia wiele świadczeń pomocniczych, których realizacja prowadzi do jednego, określonego celu – wykonania świadczenia głównego – wybudowania budynku. Prowadzenie prac rozbiórkowych, miało być jedynie elementem świadczenia usługi kompleksowej i nie stanowiło dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz było środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej.

Odnosząc się do przedstawionego zagadnienia Izba uznała, iż brak było dostatecznych przesłanek do przyjęcia, iż prace rozbiórkowe na nieruchomości, na jakiej ma zostać wybudowany budynek mieszkalny, stanowią element powiązany gospodarczo z budową w takim stopniu, iż ich wydzielenie miałyby sztuczny charakter. Dla stwierdzenia takiego stopnia powiązania, w ocenie Izby koniecznym było wykazanie, iż wykonanie robót rozbiórkowych stanowiło konieczny do przeprowadzenia budowy element prac, w rozumieniu, na jaki wskazano w wyroku NSA z 28.08.2013 r. (sygn. akt I FSK 1346/12), czyli konieczny element przebudowy obiektu mieszkaniowego. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie zachodziła, gdyż roboty rozbiórkowe stanowiły etap niezbędny do przygotowania nieruchomości, na której miał zostać wybudowany budynek mieszkalny i musiały być wykonane, ale na etapie budowy obiektu mieszkaniowego już nie występowały. Faktycznie etap wyburzenia budynków stanowił element niezależny tak pod względem technologicznym, jak i ekonomicznym od prac budowlanych obiektu mieszkaniowego. Jedyną zależność, jaka

występowała wynikała z potrzeby przygotowania placu pod budowę obiektu mieszkaniowego, dla którego ustawodawca przewidział preferencyjną stawkę podatku VAT. Technicznie prace te mogłyby być wykonane przez inny podmiot, co w żaden sposób nie wpływałoby na wykonanie zasadniczej budowy. Ich włączenie do przedmiotu zamówienia nie było wystarczające dla stwierdzenia, iż grupa prac tworzy świadczenie jednolite w rozumieniu przepisów podatkowych. Wypracowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) i jednolitego ich opodatkowania, w sensie normatywnym opiera się na bardzo ogólnych definicjach i nie ma określonych normatywnie kryteriów, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć wytyczne dla oceny występujących powiązań pomiędzy czynnościami składającymi się na przedmiot świadczenia złożonego. Szeroko na ten temat wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 28.06.2011 r., sygn. I FSK 958/10, prezentując tam szereg orzeczeń ETS, jak i sądów krajowych. Chociaż rozstrzygnięcie Sądu dotyczyło dostawy wyrobów medycznych wraz z adaptacją pomieszczeń, w których sprzęt ten miał pracować, to zasadnicza kwestia oceny powiązań tych świadczeń może mieć odniesienie do niniejszego przedmiotu zamówienia. Przyjmując argumenty Sądu, dla przyjęcia jednolitej stawki podatku VAT przewidzianej dla budownictwa mieszkalnego, koniecznym było wykazanie przez Zamawiającego, iż wykonanie robót rozbiórkowych jest tak ściśle powiązane z budową budynku mieszkalnego, że bez nich budowa budynku zostałaby pozbawiona pełnej funkcjonalności. W opinii Izby takiego rodzaju powiązanie musiałoby towarzyszyć budowie, czyli być koniecznym elementem robót ściśle związanych z budową nowego budynku mieszkalnego, co towarzyszy tzw. przebudowie istniejącego obiektu. Samo istnienie potrzeby przygotowania nieruchomości pod budowę nowego obiektu od podstaw, która to czynność powszechnie towarzyszy pracom budowlanym, nie ma takiego charakteru i nie stoi na przeszkodzie do stwierdzenia, iż roboty te mogą być wykonane przez dowolny podmiot. Ich efekt będzie identyczny niezależnie od podmiotu, który miałby je wykonać. Można wskazać, iż proces rozbiórkowy stanowi element niezależny od budowy, a zatem wydzielenie tych robót z zamówienia głównego nie miałyby charakteru sztucznego, zakłócającego dalszy proces budowy.

Odnosząc się do podniesionego argumentu Zamawiającego, iż ustalenie jako właściwej stawki 23% VAT, nie zmieniałoby wyniku postępowania, należy zauważyć, iż wniosek ten dotknięty jest błędem, gdyż wybór oferty podlegającej odrzuceniu zawsze ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający skupiając się na matematycznym aspekcie niższej stawki VAT nie odnosi się do zasadniczej kwestii, jaką jest dopuszczenie do oceny w kryterium oceny, oferty podlegającej odrzuceniu. Oferta ta niezależnie od tego, czy jest najkorzystniejsza nie powinna być wybrana.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....