

WYROK
z dnia 18 czerwca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 18 czerwca 2009 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Gdański z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański** protestu / protestów * z dnia 14 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Stanisława Repińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z siedzibą w Kościerzynie, ul. Fałata 10, 83-400 Kościerzyna** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

1

2.kosztami postępowania obciąża **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo S.A z w Gdańskim, Budowlane „S-Bud” siedzibą Starogardzie ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **585 zł 06 gr** (słownie: pięćset osiemdziesiąt pięć złotych sześć groszy) przez **Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański** na rzecz **Powiatu Gdańskiego z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby,
- 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Starogardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „S-Bud” S.A z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, ul. Ceynowy 27, 83-200 Starogard Gdański.**

Uzasadnienie

Powiat Gdański z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę pawilonu mieszkalnego dla osób upośledzonych umysłowo w Domu Pomocy Społecznej „Leśny” w Zaskoczynie”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 marca 2009 r., poz. 844222.

2

Zamawiający w dniu 7 maja 2009 r. (pismem z dnia 6 maja 2009r.) poinformował wykonawcę Starogardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane „S-Bud” S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający podniósł, iż wskazał w SIWZ, że do robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia stosuje się 7% stawkę podatku od towarów i usług, a Odwołujący w złożonej ofercie zastosował stawkę VAT 7% i 22%.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 14 maja 2009 r.) Odwołujący wniósł protest na czynności:

1. badania i oceny ofert, w następstwie których Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Firmy Usługowo - Handlowej „LEMAR” W.& M.Hartuna Spółka jawna z siedzibą w Skaryszewie,
2. odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zastosowania stawki VAT 7% i 22%,
3. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, którzy przyjęli stawkę VAT 7%, a tym samym zawierają błędy w obliczeniu ceny,
4. zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

zaczynając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie wszystkich ofert, w których wykonawcy zastosowali jedną stawkę VAT w wysokości 7% dla całego zamówienia,
4. unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający nieprawidłowo określił podatek VAT w wysokości 7% dla całego zamówienia. Natomiast prawidłowa stawka VAT dla budowy obiektu pawilonu mieszkalnego domu pomocy społecznej wraz z instalacjami wewnątrz budynku powinna wynosić 7%, a dla infrastruktury technicznej poza budynkiem 22%, prezentując następnie interpretacje organów podatkowych.

Pismem z dnia 18 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Stanisław Repiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład

3

Robót Ogólnobudowlanych Stanisław Repiński z siedzibą w Kościerzynie, zwany dalej „wykonawcą Stanisławem Repińskim” otrzymał w dniu 19 maja 2009 r.).

Pismem z dnia 19 maja 2009 r. wykonawca Stanisław Repiński przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 21 maja 2009 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 22 maja 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, podnosząc iż, Odwołujący w istocie kwestionuje wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ stawkę VAT, a protest dotyczący postanowień SIWZ powinien być złożony, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a czego nie uczynił. Nadto z ostrożności procesowej dodał, iż prawidłowo określił stawkę

podatku od towarów i usług VAT, która dla obiektów budownictwa mieszkaniowego wynosi 7%. Dom opieki społecznej sklasyfikowany jest jako budynek zbiorowego zamieszkania, dlatego też dla robót budowlanych związanych z budową tego budynku stosuje się stawkę podatku VAT – 7%. Prace związane z instalacjami sieci są ściśle związane z budynkiem. Skoro więc obiektem budowlanym jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, które są ściśle związane z budynkiem i nie stanowią samodzielnych budowli w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. b ustawy Prawo budowlane, a planowane do wykonania sieci stanowią integralną część budowanego pawilonu mieszkalnego, do robót budowlanych związanych z ich instalacją powinna być zastosowana stawka podatku VAT w wysokości takiej jak dla całego obiektu budowlanego, a więc 7%.

Pismem z dnia 26 maja 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 27 maja 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 4 czerwca 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 27 maja 2009 r.), podtrzymując zarzuty i argumenty zawarte w proteście oraz, wnosząc o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie powtórzenia oprotostowanej czynności, tj. dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert.

Nadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z interpretacji dyrektorów izb skarbowych zamieszczonych w Wydawnictwie Podatkowym GOFIN Sp. z o.o. (Poradnik VAT nr 8/224 z dnia 20 kwietnia 2008 r.) oraz wskazanych przez niego interpretacji i wyjaśnień.

4

Pismem z dnia 27 maja 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 czerwca 2009 r. (pismem z dnia 29 maja 2009 r.) wykonawca Stanisław Repiński przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający lzbzy zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

lzb ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ „Sposób obliczenia ceny” zamieścił postanowienie, iż „wartość kosztorysową robót (będącą ceną netto oferty) i należny od niej podatek od towarów i usług (7% VAT) oraz sumę tych kwot (będącą całkowitym kosztem zamówienia) należy podać w formularzu ofertowym – wzór zał. nr 1 do SIWZ”.

Jednocześnie w załączniku nr 1 do SIWZ „Oferta” w tabeli, dotyczącej zaoferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, a mianowicie w pozycji „stawka podatku VAT %” wpisano „7”, natomiast pozostałe pozycje przedmiotowej tabeli („cena netto”, „kwota podatku VAT”, „cena brutto”, „słownie brutto”) pozostawiono puste. Także w załączniku nr 3 do SIWZ „Formularz cenowy” w kolumnie stawka podatku VAT dla pozycji „Budowa pawilonu mieszkalnego dla osób upośledzonych umysłowo” wskazano „7%”.

Odwołujący w złożonej ofercie (załącznik nr 1 do SIWZ „Oferta” - s. 1 oferty) w tabeli, dotyczącej zaoferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w pozycji „stawka podatku VAT %” zamieścił zapis „7, 22”. Natomiast w załączniku nr 3 do SIWZ „Formularz cenowy” w kolumnie „zakres robót budowlanych”, w pozycji „Budowa pawilonu mieszkalnego dla osób upośledzonych umysłowo” (s. 133 oferty) dopisał „obiekt z instalacjami, sieci i przyłącza sanit., linie kablowe”, jednocześnie w kolumnie „stawka podatku VAT” wpisując „7%, 22%”.

W złożonym proteście, jak i odwołaniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w

stawka VAT jest prawidłowa i powinna wynosić dla budowy obiektu pawilonu mieszkalnego domu pomocy społecznej wraz z instalacjami wewnątrz budynku 7%, a dla infrastruktury technicznej poza budynkiem 22%.

Zdaniem Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy uznać, iż Zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając ofertę Odwołującego ponieważ jest sprzeczna z SIWZ.

Informację o wymaganej przez Zamawiającego stawce VAT wykonawcy powzięli po zapoznaniu się z SIWZ, w oparciu o którą sporządzili następnie złożone oferty. W złożonych ofertach wszyscy wykonawcy wpisali wskazaną przez Zamawiającego stawkę podatku VAT (7%). Jedynie Odwołujący podał stawkę VAT 7 i 22%. Odwołujący – jak oświadczył na rozprawie – nie mógł kwestionować postanowień SIWZ, tj. wskazanej przez Zamawiającego stawki podatku VAT (7%) w terminie wcześniejszym, gdyż dopiero w dniu składania ofert powziął wiadomość o tym, że należy zastosować dwie stawki podatku VAT (7 i 22%) dlatego też, składając ofertę podał stawki podatku VAT zgodne z ustawą o podatku od towarów i usług.

W tym miejscu należy podkreślić, iż Izba nie jest organem właściwym do weryfikowania i kontrolowania prawidłowości zastosowanej stawki VAT, gdyż – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) – uprawnionymi w tym zakresie są organy skarbowe. W niniejszym stanie faktycznym należy jednak stwierdzić, iż podana przez Zamawiającego w SIWZ stawka podatkowa obowiązująca wykonawców jest wiążąca. Zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy nie kwestionowali jej w toku przedmiotowego postępowania, a więc w terminach na wnoszenie środków odwoławczych. Dlatego też w tym konkretnym stanie faktycznym Zamawiający mógł odrzucić ofertę Odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, gdyż Zamawiający wskazał w SIWZ jeden ze składników cenotwórczych, tj. podatek VAT, który należy zastosować w ofertach. Zatem oferta Odwołującego nieuwzględniająca tego wymogu SIWZ, co do jednego elementu obliczenia ceny jest z nią sprzeczna i została prawidłowo odrzucona. Treść SIWZ powinna być uwzględniona przez Odwołującego, jak i wykonawców przy sporządzaniu oferty, a kwestionowane postanowienia powinny być oprotestowane w odpowiednim czasie. Skoro więc Odwołujący nie kwestionował w wymaganym przepisami terminie postanowień SIWZ nie może na obecnym etapie postępowania kwestionować podstaw odrzucenia swojej oferty, której to czynności Zamawiający dokonał, zgodnie z obowiązującymi – nie kwestionowanymi zapisami SIWZ, a więc tych, w których Zamawiający jednoznacznie określił sposób obliczenia ceny oferty.

Zarzuty dotyczące czynności badania i oceny ofert, zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, którzy przyjęli stawkę VAT 7% oraz zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania nie mogą być przez Izbę rozpatrzone, gdyż – zgodnie z

treścią art. 184 ust. 1a ustawy Pzp – w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a z takim postępowaniem w niniejszej sprawie mamy do czynienia (3.128.784,95 zł, tj. 806.991,04 euro) odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego enumeratywnie wymienionych w nim czynności, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty. Tak więc zarzuty Odwołującego, nie dotyczące ww. czynności, nie mogą być rozpatrzone.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego przedłożonej przez Odwołującego opinii prawnej w sprawie wysokości stawki podatku od towarów i usług dla robót budowlanych sporządzonej przez Instytut Studiów Podatkowych Modzelewski i Wspólnicy, uznając ją za dokument prywatny.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie Izby, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

8