

Sygn. akt: KIO/UZP 119/09

WYROK
z dnia 6 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Jankowska
Członkowie:	Marek Koleśnikow Sylwester Kuchnio
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Waldemara Baran i Mirosława Jankowskiego – Przedsiębiorstwo Usługowe „JANTAR” s.c., ul. Olsztyńska 10, 11-100 Lidzbark Warmiński** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie, ul. Głowackiego 6, 10-448 Olsztyn** protestu z dnia 14 stycznia 2009 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 Waldemara Baran i Mirosława Jankowskiego - Przedsiębiorstwo Usługowe „Jantar” s.c., ul. Olsztyńska 10, 11-100 Lidzbark Warmiński

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Waldemara Baran i Mirosława**

**Jankowskiego - Przedsiębiorstwo Usługowe „Jantar” s.c., ul. Olsztyńska
10, 11-100 Lidzbark Warmiński,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Waldemara Baran i Mirosława Jankowskiego - Przedsiębiorstwo Usługowe „Jantar” s.c., ul. Olsztyńska 10, 11-100 Lidzbark Warmiński.**

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

Zamawiający Agencja Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej z przyłączeniami w miejscowości Rieczna i Łączna, Gm. Pasłęk oraz sieci wodociągowej i kanalizacyjnej umożliwiającej włączenie m. Rieczna i Łączna do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej miasta Pasłęk, woj. Warmińsko – Mazurskie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2008 roku pod numerem 240670 – 2008.

W dniu 14 stycznia 2009 roku wykonawca: Waldemar Baran i Mirosław Jankowski, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe „JANBAR” s.c., ul. Olsztyńska 10, 11-100 Lidzbark Warmiński złożył protest na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania:

- 1) wybór oferty Przedsiębiorstwa Transportowo – Sprzętowego „PYZAK” z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim przy ul. 22 lipca 14 jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwa Usługowego „JANBAR” s.c. Baran Waldemar, Jankowski Mirosław z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim przy ul. Olsztyńskiej 10,
- 3) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „JANBAR” s.c. Baran Waldemar, Jankowski Mirosław z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim przy ul. Olsztyńskiej 10,
- 4) badanie i ocena ofert złożonych w toku postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył:

1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny ofertowej i poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, pomimo niezastnienia przesłanek odrzucenia, gdyż zastosowanie przez Odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 22 % w odniesieniu do całego zakresu robót jest prawidłowe,

2) art.146 ust.1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 146 ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), poprzez uznanie, że Odwołujący zastosowali niewłaściwą stawkę podatku VAT, tj. 22 % w odniesieniu do całego zakresu robót, a według Zamawiającego powinni byli zastosować do części przedmiotu zamówienia (tj. robót budowlanych czy remontów dotyczących elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego, które Zamawiający traktuje jako roboty budowlane i remonty dotyczące tych obiektów) stawkę 7%,

3) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm) poprzez uznanie, że Odwołujący zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT, tj. 22 % w odniesieniu do całego zakresu robót, a według Zamawiającego powinien był zastosować do części przedmiotu zamówienia (tj. robót budowlanych czy remontów dotyczących elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego, które Zamawiający traktuje jako roboty budowlane i remonty dotyczące tych obiektów) stawkę 7%,

4) art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) poprzez uznanie, że Odwołujący zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT, tj. 22 % w odniesieniu do całego zakresu robót, a według Zamawiającego powinien był zastosować do części przedmiotu zamówienia (tj. robót budowlanych czy remontów dotyczących elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego, które Zamawiający traktuje jako roboty budowlane i remonty dotyczące tych obiektów) stawkę 7%,

5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Pzp poprzez uznanie, że brak jest zgody Odwołującego na przedłużenie okresu związania ofertą,

6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, pomimo niezastąpienia przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego,

7) art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Transportowo -Sprzętowego "PYZAK" z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim przy ulicy 22 -go Lipca 14, jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,

4) dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

5) dokonanie czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że o czynnościach Zamawiającego, na które wniósł protest, powziął wiadomość w dniu 8 stycznia 2009 roku, na podstawie pisma Zamawiającego z 7 stycznia 2009 roku. We wzmiankowanym piśmie Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp wykluczono Odwołującego w związku z brakiem zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Zamawiający pismem z dnia 15.12.2008r. wezwał uczestnika postępowania o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub złożeniem nowego wadium. Powyższa zgoda wraz z przedłużeniem ważności wadium lub złożeniem nowego wadium miała nastąpić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22 grudnia 2008r. W wymaganym terminie Odwołujący wniósł wadium, lecz brak jest zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a jednocześnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy zobowiązany był do odrzucenia oferty, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp odrzucono ofertę Odwołującego, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Po zapoznaniu się z treścią oferty, Zamawiający stwierdził, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT tylko w wysokości 22 %, zamiast stawki w wysokości 22 % i 7 %.

Zgodnie z zapisami zawartymi w rozdziale 16 pkt 14 SIWZ, wykonawca zamówienia musiał określić stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późno zm.). Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT od towarów i usług powodowało odrzucenie oferty.

Zamawiający wskazał, że roboty budowlane i remonty dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu opodatkowane są od 1 stycznia 2008r. stawką podatkową 22 %. Jednocześnie roboty budowlane i remonty dotyczące obiektów budownictwa mieszkaniowego opodatkowane są nadal obniżoną stawką 7 %. Art. 146 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług, określa pojęcie infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, co w konsekwencji oznacza, że roboty budowlane i remonty, które dotyczą elementów znajdujących się poza obiektami budownictwa mieszkaniowego są opodatkowane stawką podstawową 22 %, a roboty budowlane czy remonty dotyczące elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego są robotami budowlanymi i remontami dotyczącymi tych obiektów, a więc są opodatkowane obniżoną stawką 7 %.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z art. 85 ustawy - Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni (ust. 2). Przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (ust. 4).

Odwołujący wskazał na treść art. 181 ust. 2a ustawy – Pzp, zgodnie z którym zamawiający w dowolnym czasie, jednak nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium. Z treści brzmienia przywołanego przepisu nie wynika, aby w przypadku wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, wykonawca był zobowiązany do składania oświadczenia woli w zakresie wyrażenia zgody na przedłużenie ważności wadium. Takie oświadczenie (zgoda) byłoby niezbędne, gdyby wykonawca nie złożył nowego wadium obejmującego przedłużony okres związania ofertą, lecz przedłużał ważność dotychczas złożonego wadium (np. w pieniądzu).

Zamawiający wskazał, że w wymaganym terminie Odwołujący wniósł wadium, lecz brak jest jego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Odwołującego, brak było podstaw do uznania przez Zamawiającego, że brak jest zgody Odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Odwołujący wniósł nowe wadium na przedłużony okres związania ofertą, co jest jednoznaczne w swoich skutkach z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Trudno bowiem przyjąć, że wykonawca składający nowe wadium na przedłużony okres, nie wyraża jednocześnie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający – o ile miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, czy w przypadku złożenia nowego wadium, wykonawca (odwołujący) jednocześnie wyraża zgodę na przedłużenie terminu – powinien był zastosować regulację art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, iż oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na błędnym zastosowaniu stawki VAT tylko w wysokości 22 %, zamiast stawki w wysokości 22 % i 7 %, to Odwołujący wskazał, że zastosował właściwą stawkę 22 % do całego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego regulacje przejściowego przepisu ustawy o podatku od towarów i usług, na jakie powołał się Zamawiający w swoim piśmie z dnia 07.01.2009r., znak: 80-0160-50/10/08/09, tj. art. 146 ustawy o podatku od towarów i usług, przestały obowiązywać z dniem 31.12.2007r.

W związku z powyższym od dnia 1 stycznia 2008 r. prawo do stosowania obniżonej 7% stawki podatku VAT przysługuje tylko w odniesieniu do:

- 1) dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym -na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy o VAT,
- 2) robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiektów sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 -wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, w zakresie, w jakim wymienione roboty i remonty, nie są objęte tą

stawką na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy -w myśl § 5 ust. 1a pkt 1 ww. rozporządzenia -na podstawie § 5 ust. 1a pkt 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 97, poz. 970 z późno zm.),

3) obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy, lub ich części z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, w zakresie, w jakim wymienione obiekty lub ich części oraz lokale nie są objęte tą stawką na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy -w myśl § 5 ust. 1a pkt 2 ww. rozporządzenia.

Zgodnie z przyjętą przez organy podatkowe interpretacją przepisów prawa podatkowego od dnia 1 stycznia 2008 r. z obniżonej do 7% stawki VAT można skorzystać wyłącznie w odniesieniu do towarów i usług wymienionych w art. 41 ust. 12-12c ustawy o podatku od towarów i usług oraz § 5 ust. 1a rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Usługi budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacyjnych towarzyszące zarówno budownictwu mieszkaniowemu, jak i nie objęte społecznym programem mieszkaniowym nie zostały objęte preferencyjną stawką podatku, w związku z tym dla całości inwestycji realizowanej przez wykonawców będzie miała zastosowanie podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 22% (por. pismo z dnia 21 kwietnia 2008 r., Izba Skarbowa w Warszawie, IP-PP2-443-218/08-2/AS Usługi budowy sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, S.Podat.2008.6.28; pismo z dnia 29 września 2008 r., Izba Skarbowa w Poznaniu, ILPP1/443-676/08-2/AI, Budowa sieci wodociągowej -stawka VAT).

W ocenie Odwołującego brak zatem podstaw do przyjęcia, że do części przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, (tj. robót budowlanych czy remontów dotyczących elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego, które zamawiający traktuje jako roboty budowlane i remonty dotyczące tych obiektów) należy stosować preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7%. Przedmiot zamówienia nie mieści się bowiem w katalogu towarów i usług dla, których ustawodawca przewiduje stosowanie stawki 7 %. (patrz także definicja przyłącza wodociągowego i zbiorowego zaopatrzenia w wodę określona w ustawie z dnia 7 czerwca 2001r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2006r., Nr 123, poz. 858 z późno zm.). Zgodnie z tą definicją przyłącze wodociągowe jest elementem instalacji zewnętrznej a nie wewnętrznej budynku. Stąd też nie mogą być traktowane, wbrew twierdzeniom zamawiającego, jako roboty budowlane czy remonty dotyczące elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego).

Ponadto Odwołujący wskazał, że z powodu błędu w obliczeniu ceny, polegającym na błędnym zastosowaniu stawki VAT tylko w wysokości 22 % do całego przedmiotu zamówienia, zamiast stawki w wysokości 22 %i7 %, zostały odrzucone oferty także innych wykonawców, co w ocenie Odwołującego przemawia za tym, iż dokonali oni właściwej wykładni obowiązujących przepisów prawa podatkowego i zastosowali właściwą stawkę VAT, tj. 22 %. Jest to bowiem stawka wskazywana przez organy podatkowe jako właściwa dla tego rodzaju usług.

Odwołujący wskazał także, że wielokrotnie w orzecznictwie sądów powszechnych i arbitrażowych wskazywano, że interpretacji przepisów prawa podatkowego dokonują ustawowo upoważnione do tego organy, tj. minister właściwy do spraw finansów publicznych, naczelnicy izb skarbowych oraz dyrektorzy właściwych izb skarbowych. Nie jest upoważniony do takiej interpretacji Zamawiający.

Naruszenie prawa przez Zamawiającego spowodowało naruszenie interesu prawnego Odwołującego. W przypadku gdyby oferta Odwołującego nie została bezprawnie (wadliwie) odrzucona to jego oferta byłaby ważna i oferta Odwołującego byłaby oceniana pod względem jej korzystności. W związku z faktem, że złożona przez Odwołującego oferta jest cenowo najkorzystniejsza, pozostałe oferty wykonawców zostały odrzucone, zamówienie publiczne zostałyby udzielone Odwołującemu.

Pismem z dnia 23 stycznia 2009 roku Zamawiający oddalił protest Odwołującego. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 15 grudnia 2008 roku wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Powyższa zgoda wraz z przedłużeniem ważności wadium lub złożeniem nowego wadium miała nastąpić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22 grudnia 2008 roku. W wymaganym terminie Odwołujący wniósł wadium, lecz nie złożył oświadczenia o wrażeńiu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a jednocześnie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp – zobowiązany był do odrzucenia oferty, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp stanowi samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku nie wniesienia wadium, w tym także na przedłużony okres związania ofertą. Przedłużenie okresu ważności wadium oraz wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą są odrębnymi czynnościami, do których w tym przypadku Odwołujący został zobowiązany.

W ocenie Zamawiającego w stosunku do braku złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp, który odnosi się do oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy – Pzp. Przedmiotowe oświadczenie nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy – Pzp.

Ponadto Zamawiający stwierdził, iż zobowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp, ponieważ oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, polegające na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT tylko w wysokości 22%, zamiast stawki 22% i 7 %.

Zgodnie z zapisami zawartymi w rozdziale 16 pkt 14 siwz Wykonawca musiał określić stawkę podatku VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnego z przepisami ustawy od towarów i usług powodowało odrzucenie oferty.

Zamawiający stwierdził, iż roboty budowlane i remonty dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu opodatkowane są od 1 stycznia 2008 roku stawką 22%. Jednocześnie roboty budowlane i remonty dotyczące obiektów budownictwa mieszkaniowego opodatkowane są nadal obniżoną stawką 7%. Art. 146 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług określa pojęcie infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, co w konsekwencji oznacza, że roboty budowlane i remonty, które dotyczą elementów znajdujących się poza obiektami budownictwa mieszkaniowego są opodatkowane stawką podstawową 22%, a roboty budowlane czy remonty dotyczące elementów znajdujących się wewnątrz obiektów budownictwa mieszkaniowego są robotami budowlanymi i remontami dotyczącymi tych obiektów, a więc są opodatkowane obniżoną stawką 7%.

Na poparcie prezentowanego przez siebie stanowiska Zamawiający wskazał na wyjaśnienia organów podatkowych, w tym interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 30 kwietnia 2008 roku ITPP1/443-202/08/MN, Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 3 lipca 2008 roku ILPP2/443-311/08-2/SJ oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 9 maja 2008 roku IBPP2/443-122/08/ASz/KAN-1464/02/08.

Ponadto Zamawiający podkreślił, iż w toku postępowania jeden z wykonawców zadał pytanie do siwz, które dotyczyło wskazania pozycji przedmiaru i ilości robót z zakresu przedmiotowego zadania wykonywanego w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa nie przekracza 300 m² i/lub w lokalach mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa nie przekracza 150 m². Zamawiający określił pozycje przedmiaru robót oraz ilości robót w zakresie oznaczonym w pytaniu i umieścił odpowiedź na swojej stronie internetowej.

W dniu 26 stycznia 2009 roku Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty i argumenty wyrażone w proteście.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała skuteczność i zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy – Pzp, to jest z powodu nie wyrażenia przez niego zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Izba ustaliła, iż w dniu 15 grudnia 2008 roku Zamawiający wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą poprzez zawiadomienie Zamawiającego na piśmie o wyrażeniu zgody na przedłużenie oraz jednoczesne wniesienie wadium. W wyznaczonym terminie Odwołujący wniósł wadium na okres przedłużenia, lecz nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący podniósł, iż wniesienie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wadium na przedłużony okres związania ofertą, jest równoznaczne z tym, że wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i nie wymaga złożenia dodatkowego oświadczenia w tym zakresie.

Stosownie do art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W myśl ust. 4 przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeśli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Takie sformułowanie przepisów pozwala na wniosek, iż aby doszło do skutecznego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, wykonawca obowiązany jest dokonać dwóch czynności – złożyć oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużyć okres ważności wadium (względnie wnieść nowe wadium) na przedłużony okres związania ofertą. Dokonanie wyłącznie jednej czynności musi skutkować uznaniem, iż przedłużenie zostało dokonane w sposób wadliwy, a tym samym – nie jest skuteczne.

W przekonaniu Izby wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, powinien złożyć ją w formie pisemnej lub formie przewidzianej przez zamawiającego jako właściwa do składania oświadczeń.

W rozdziale 10 siwz Zamawiający określił sposób porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów. Stosownie do ust. 1 oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (ust. 2).

Ponadto w piśmie z dnia 15 grudnia 2008 roku, w którym Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zobowiązał on wykonawców, którzy zechcą wyrazić zgodę na tę czynność, do zawiadomienia Zamawiającego na piśmie o wyrażeniu zgody na przedłużenie ważności związania ofertą o kolejne 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem wadium lub wniesieniem nowego wadium. Zamawiający zaznaczył, iż w przypadku braku odpowiedzi w wyznaczonym terminie, zostanie to uznane za odmowę wyrażenia zgody na powyższe, a wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp.

Postanowienie rozdziału 10 specyfikacji dotyczące sposobu składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego koreluje z treścią przepisu art. 27 ust. 1 ustawy – Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

Ustawa – Pzp nie przewiduje innych form składania oświadczeń w postępowaniach odbywających się na jej podstawie. W szczególności nie dopuszcza domniemań, iż oświadczenie o danej treści zostało złożone lub innych dorozumianych form składania oświadczeń. Skład orzekający Izby zwraca tu uwagę na treść art. 9 ust. 1 ustawy – Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Żaden z przepisów ustawy – Pzp nie przewiduje wyjątku w przypadku konieczności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby w przypadku powzięcia wątpliwości co do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, Zamawiający powinien być zastosować regulację art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp i wezwać do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Obowiązek zamawiającego do wezwania do złożenia oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp dotyczy wyłącznie oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy – Pzp, tj. oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz

określonych przez zamawiającego wymagań przez oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zamawiający na podstawie przywołanego artykułu weryfikuje wyłącznie zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia oraz zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Tym samym niedopuszczalne jest wzywanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp do składania oświadczeń innych niż dotyczące wymagań wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy – Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a i b, art. 146 ust. 3 oraz art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług.

W myśl art. 89 ust. 1 ust. 6 ustawy – Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 ze zmianami) ceną jest wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Wobec tak sformułowanej definicji zasadne jest stanowisko, iż błąd w obliczeniu ceny może polegać w szczególności na niewłaściwie zastosowanej stawce podatku od towarów i usług.

W ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu wykonawcy zastosowali różne stawki podatku VAT w odniesieniu do robót wykonywanych w budynkach mieszkalnych. W przekonaniu Zamawiającego stawką właściwą dla robót wykonywanych w budynkach mieszkalnych jest stawka 7%, zaś w ocenie Odwoływającego – stawka 22%.

Zarówno Odwoływający, jak i Zamawiający przedstawiali argumenty na potwierdzenie słuszności zastosowanej przez nich stawki podatku od towarów i usług w spornym zakresie, między innymi powoływali się na interpretacje uprawnionych organów podatkowych, wydawane w analogicznych sprawach.

Skład orzekający Izby zapoznał się z treścią powoływanych interpretacji i skonkludował, że charakter robót przewidzianych w danym postępowaniu może budzić wątpliwości, jeśli chodzi o zastosowanie właściwej stawki podatku VAT.

Podzielenie argumentacji jednej bądź drugiej strony jest o tyle nieuprawnione, że powołane interpretacje dokonane zostały w konkretnych sprawach i w oparciu o konkretny

stan faktyczny, wobec czego nie można ich wprost wykorzystać do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest zaś organem uprawnionym do interpretacji prawa podatkowego. Do takiej interpretacji nie jest również upoważniony Zamawiający. Jednakże w ocenie Izby przed odrzuceniem oferty Odwołującego z powodu zastosowania niewłaściwej stawki VAT, Zamawiający powinien był, na podstawie art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy - Pzp, posiadać wystarczające dowody, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Takim dowodem z pewnością byłaby indywidualna interpretacja organu podatkowego wydana na potrzeby niniejszego postępowania. Takich dowodów Zamawiający na rozprawie nie przedstawił i z akt sprawy wynika, że nie posiadał ich również w dniu podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Pomimo takiego stanowiska Izby co do zarzutu Odwołującego w kwestii stawki podatku VAT Izba nie uwzględniła odwołania Odwołującego, a to w myśl art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie wówczas, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby nie została zachowana tu przesłanka wpływu naruszenia na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona w związku z wykluczeniem go z postępowania ze względu na nie złożenie w wyznaczonym terminie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym oferta Odwołującego nie mogłaby być ponownie oceniana. W niniejszym postępowaniu nie zostały również złożone inne środki odwoławcze, wobec czego czynności Zamawiającego pozostają w mocy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 zd. 1 i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*