

Sygn. akt: KIO/UZP 780/09

WYROK
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. (Lider Konsorcjum) i Marek Gondek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Mark-Bud Marek Gondek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tarnowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Graniczna 8a, 33-100 Tarnów**, protestu z dnia 15 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy **ABM Solid S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. (Lider Konsorcjum) i Marek Gondek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Mark-Bud Marek Gondek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów** 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 uiszczonego przez **Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. (Lider Konsorcjum) i Marek Gondek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Mark-Bud Marek Gondek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów;**

- 2) 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 **Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. (Lider Konsorcjum) i Marek Gondek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Mark-Bud Marek Gondek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego 8 TBS wraz z instalacjami wewnętrznymi, infrastrukturą techniczną zewnętrzną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Abpa J. Ablewicza w Tarnowie”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz sp. j. (Lider Konsorcjum) i Marek Gondek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Mark-Bud Marek Gondek z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Tarnowie, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2009 r. (nr ogłoszenia: 46147). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Tarnowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., zwane dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym Zamawiający, pismem z dnia 22 maja 2009 r., poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „*ABM Solid*”) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podniósł, że do SIWZ załączył przedmiar robót, który został podzielony na część dotyczącą budynku, co do którego ma zastosowanie stawka 7% VAT i część dotyczącą infrastruktury, co do której ma zastosowanie stawka 22% VAT. Wskazał, że skoro pozycja przedmiaru pod nazwą: „Przyłącz gazowy” została umieszczona w przedmiarze dotyczącym infrastruktury to do

szafki gazowej umieszczonej w tym przedmiarze, pomimo późniejszej zmiany do SIWZ wyłączającej z zakresu zamówienia przyłącz gazowy za wyjątkiem szafki gazowej, winna mieć zastosowanie stawka 22% VAT. Zamawiający powołał się również na przepisy Prawa budowlanego wskazujące na to, że przyłącz do budynku nie jest obiektem budowlanym lecz urządzeniem budowlanym i stosownie do przepisów ustawy o podatku od towarów i usług w przypadku robót nie wchodzących w skład obiektu budowlanego zaliczanego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stawka podatku VAT wynosi 22%.

Odwołujący w piśmie z dnia 29 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) w związku ze wskazanymi czynnościami Zamawiającego złożył protest. W proteście wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 1 poprzez brak wskazania w informacji o wyborze oferty streszczenia ocen i porównania złożonych ofert wraz z punktacją przyznaną ofertom, według kryteriów określonych w SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez mylne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 poprzez nie odrzucenie ofert niezgodnych z ustawą;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nie odrzucenie ofert niezgodnych z treścią SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł on o:

- 1) uwzględnienie protestu z uwagi na naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania;
- 2) uchylenie / unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 3) uchylenie / unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert i uwzględnienie – przez odwrotność, jako zarzutów – argumentów dotyczących stawki podatku VAT w pozostałych rozpatrywanych w trakcie badania ofertach;
- 5) wybranie oferty Odwołującego jako jedynej spełniającej wymogi Zamawiającego postawione w SIWZ, a tym samym najkorzystniejszej dla Zamawiającego.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Po pierwsze - wyodrębnienie przez Zamawiającego części zamówienia oraz podział na przedmiary nie mają znaczenia dla ustalenia właściwej klasyfikacji podatkowej. Podniósł, że z przedmiarów i kosztorysów załączonych do SIWZ nie wynika wprost konieczność

zastosowania określonej stawki podatku VAT do określonego przedmiaru. Zamawiający mógł taki zapis wprowadzić, ale z tej możliwości nie skorzystał.

Po drugie – na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania z należytą starannością, tj. w taki sposób, aby tak ukształtować zapisy SIWZ, aby nie było konieczności odrzucania ofert z powodu uchybień, które byłyby możliwe do wyeliminowania. Podkreślił, że co do zastosowania właściwej stawki VAT to obowiązek ten spoczywa na wykonawcy i prawidłowość stawki powinna być zgodna ze stanowiskiem urzędu skarbowego właściwego dla siedziby tegoż wykonawcy.

Po trzecie – w żadnej części SIWZ Zamawiający nie zawarł odrębnego wskazania rozliczania się za dostawę spornej skrzynki na zawór główny gazu, które to urządzenie jest połączone w sposób trwały z konstrukcją budynku, stanowiącego część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 Kc i w tym zakresie żaden z wykonawców nie będzie dokonywał odrębnej czynności podatkowej polegającej na dostawie skrzynki gazowej, powyższe będzie przedmiotem świadczenia w ramach usług budowlanych objętych zamówieniem.

Po czwarte – Zamawiający nie jest organem uprawnionym do wydania wiążącej opinii w sprawie zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Podniósł, że w tej sprawie wystąpił do właściwego organu podatkowego o wydanie wiążącej opinii jednak z uwagi na czas niezbędny na jej wydanie nie może się nią aktualnie legitymować. Wskazał na możliwość wynikającą z orzecznictwa KIO posługiwania się zbliżonymi do stanu faktycznego i dotyczącymi podobnych kwestii interpretacji indywidualnych.

Po piąte – wykonanie wnęki na skrzynkę gazową oraz dostawa tej skrzynki jest niezbędne do prawidłowego funkcjonowania budynku. Podniósł, że Zamawiający wyłączył w trybie zmian do SIWZ z wyceny przyłącz gazu, zatem wycenie podlegała pojedyncza skrzynka gazowa, a skoro ma ona być umieszczona we wnęce budynku, co do którego ma zastosowanie stawka 7% VAT, również skrzynka gazowa winna być objęta tą stawką. Wskazał, że skrzynka gazowa nie jest elementem przyłącza gazowego lecz stanowi integralną część instalacji gazowej wewnętrznej objętej stawką 7%. Odwołujący powołał się w tym zakresie na warunki przyłączenia do sieci gazowej, gdzie w pkt 16 operator gazowy wskazał, że przyłączenie nie obejmuje nakładów na zakup i montaż szafki gazowej

Po szóste – powołał się na przepisy § 159 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. W świetle tego przepisu Odwołujący wywodził, że instalacja gazowa budynku winna być wyposażona w kurek gazowy, zamontowany w szafce znajdującej się we wnęce ściennej zasilanego budynku, co w jego ocenie wskazuje na to, że sporny element stanowi integralną część budynku ze stawką VAT 7%.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2009 r. poinformował o złożonym proteście ABM Solid, wzywając go jednocześnie do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. ABM Solid w dniu 4 czerwca 2009 r. złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, w którym to przystąpieniu zażądał odrzucenia i oddalenia protestu Odwołującego z uwagi na brak interesu prawnego po stronie wnoszącego protest. Podniósł bowiem, że nawet w wypadku doliczenia lub odliczenia różnicy w podatku VAT w kwestionowanej pozycji nie zmieniłaby się pozycja w rankingu ofert, tj. oferta ABM Solid w dalszym ciągu byłaby ofertą najkorzystniejszą. Przystępujący ABM Solid dołączył do swojego przystąpienia interpretację indywidualną Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 20 czerwca 2008 r., dotyczącą innej sprawy, wskazując jednak na analogie i konieczność zastosowania stawki 22% VAT do spornej skrzynki gazowej. Przystępujący wskazał również na możliwość zastosowania w tym przypadku przez Zamawiającego art. 87 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest pismem z dnia 9 czerwca 2009 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu. W rozstrzygnięciu protestu oddalił go, wskazując analogiczne uzasadnienie faktyczne i prawne, jak w piśmie informującym o wynikach postępowania.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 10 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu zostały podtrzymane te same zarzuty, żądania i argumentacja. Odwołujący dodatkowo odniósł się do argumentacji zgłoszonej przez ABM Solid, wskazując, że przywołana przez Przystępującego interpretacja indywidualna nie dotyczy przedmiotu sprawy, a jej stan faktyczny daleko odbiega od przedmiotu sporu. Wskazał też na brak możliwości dokonania poprawienia przez Zamawiającego faktycznie popełnionego błędu w obliczeniu ceny w trybie art. 87 ustawy Pzp, który takiej sytuacji nie przewiduje. Szczegółowo też odniósł się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ustawy Pzp, podkreślając, że informacja o wynikach postępowania nie zawierała wszystkich istotnych elementów wynikających z przywołanego przepisu ustawy Pzp.

Dodatkowo też Odwołujący powołał się na zapisy SIWZ, z których – jego zdaniem - nie wynikała konieczność zastosowania konkretnej stawki VAT. Wskazał, że SIWZ wymagała, aby podmioty ubiegające się o zamówienie dostarczyły ofertę ze szczególnym podaniem cen jednostkowych i wartości każdej pozycji przedmiaru netto podatku VAT i wartości brutto danej branży oraz wyszczególnieniem na stronie tytułowej składników cenotwórczych, w tym podatku VAT, zastosowanych do wyceny dla każdej branży.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2009 r. w tej samej dacie faksem a w dniu 18 czerwca 2009 r. na piśmie złożyła firma ABM Solid S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego i Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz Przystępującego, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności ustalono, że ze względu na treść podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu, pomimo wartości przedmiotu zamówienia (poniżej progów UE), stosownie do treści art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie w niniejszej sprawie przysługuje.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów w kontekście uwzględnienia żądań Odwołującego o obowiązującej jednej właściwej stawce podatku VAT w spornym pomiędzy stronami postępowania zakresie i konieczności odrzucenia ofert z inną stawką VAT, zostałyby uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę były zarzuty dotyczące stwierdzenia przez Zamawiającego błędu w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego. Skład orzekający Izby uznał również, że konsekwencją tego zarzutu (a nie odrębnym zarzutem) było - w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego błędu w obliczeniu ceny w odniesieniu do oferty Odwołującego - przyjęcie za poprawną stawkę podatku VAT zastosowaną w ofercie Przystępującego. Jednocześnie też skład orzekający Izby, wobec cofnięcia na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego zarzutu dotyczącego nieprawidłowości formalnych w przekazanej przez Zamawiającego Odwołującemu informacji o wynikach postępowania, a tym samym naruszenia przez niego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, nie rozpatrywał wskazanego zarzutu.

Uwzględniając zatem zakres zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w niniejszej sprawie, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) W pkt 1.4.2 ppkt 7 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą wycenionego przedmiaru robót, m.in. z wyszczególnieniem na stronie tytułowej składników cenotwórczych (stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku i podatku VAT) zastosowanych do wyceny każdej branży oraz wyszczególnieniem na stronie tytułowej wartości netto, podatku VAT i wartości brutto danej branży.
- 2) Jako załącznik nr 0/8 do SIWZ Zamawiający określił wzór formularza ofertowego, w którym w pkt 1 należało wpisać m.in. stawkę(i) podatku VAT w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia bez konieczności wyszczególnienia do jakiej części zamówienia konkretna stawka ma odniesienie.
- 3) We wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, Zamawiający w § 10 ust. 1 ustalił jako obowiązujące w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe. Jednocześnie też wskazał, że: *„Kwota brutto zawiera obowiązujący w chwili podpisania umowy podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości 7% dla budynków mieszkalnych w budownictwie mieszkaniowym społecznym i 22% dla pozostałych budowli i infrastruktury zewnętrznej”*.
- 4) W przedmiarze robót dla robót zewnętrznych, stanowiącym załącznik do SIWZ, Zamawiający dla przedmiaru dotyczącego przyłącza gazowego w pozycji 3 ujął reduktor z zaworem, a w ramach tej pozycji określił szafkę wnękową (kod KNR 0215 0142-0200).
- 5) W ofercie Odwołującego na stronie formularza ofertowego wskazano dwie stawki podatku VAT – 7 i 22%.
- 6) Na stronach 291-295 oferty Odwołującego w kosztorysie ofertowym wyceniono poz. 3.1 z przedmiaru robót, tj. szafę wnękową. Na stronie 291 oferty wyceniono tę pozycję na kwotę: 725,07 zł brutto, w tym 677,64 zł netto + wartość 7% podatku VAT (tj. 47,43 zł).
- 7) Jak wynika ze zbiorczego zestawienia ofert (Druk ZP -12) cena ofertowa Odwołującego (oferta nr 2) wynosiła 4 246 933,21 zł, a cena ofertowa Przystępującego (oferta nr 3) – 4 104 393,62 zł.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego rozstrzygnięcia składu orzekającego Izby w niniejsze sprawie było nieudowodnienie przez Odwołującego stawianych zarzutów i twierdzeń. Stosownie

bowiem do treści art. 6 kc to na Odwołującym, skoro wywodzi z określonych twierdzeń konkretne skutki prawne dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym swojej oferty oraz oferty Przystępującego, spoczywa ciężar dowodu.

Uwzględniając okoliczność, iż przedmiotem sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem jest kwestia popełnienia w ofertach błędu w obliczeniu ceny, którego podstawą jest zastosowanie właściwej stawki podatku od towarów i usług (VAT), skład orzekający Izby, nie będąc organem podatkowym, nie jest uprawniony do wiążącego ustalenia dla przedsiębiorcy stawki podatku VAT. Stąd też rozstrzygając spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego skład orzekający Izby, uwzględniając zasadę kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, może oprzeć się na dowodach przedkładanych przez strony postępowania oraz jego uczestnika.

W niniejszej sprawie takie wiarygodne dowody nie zostały przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego. Przede wszystkim nie została przedłożona interpretacja indywidualna właściwego organu podatkowego dla Odwołującego się przedsiębiorcy. Ocena przez Izbę innych dowodów, w tym przede wszystkim dowodów z dokumentów, przedłożonych przez Odwołującego, nie mogła skutkowaniem uznaniem, że w przypadku poz. 3.1 kosztorysu dotyczącego przyłącza gazowego, tj. skrzynka wnekowa potocznie określana mianem skrzynki gazowej, bezwzględnie zastosowanie ma stawka 7% VAT.

Po pierwsze stwierdzić należy, że przywoływana przez Odwołującego *per analogiam* interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 3 czerwca 2008 r. (nr IBPP3/443-173/08/KO; KAN-2734/03/08), dotycząca zastosowania stawki 7% podatku VAT w odniesieniu do montażu skrzynek pocztowych w obiektach budownictwa mieszkaniowego wraz z ich dostawą, nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wskazywany przedmiot opinii (skrzynka pocztowa) w żaden sposób nie odpowiada przedmiotowi sporu (skrzynka gazowa). Innego bowiem rodzaju zastosowanie i charakter mają owe dwa przedmioty, innego rodzaju przepisy regulują zasady użytkowania i instalacji tych skrzynek. Tym samym przyjęcie na tej podstawie, że do skrzynek gazowych, podobnie jak do skrzynek pocztowych, znajdzie zastosowanie preferencyjna stawka 7% VAT, jest niedopuszczalne, w szczególności wobec obowiązujących w tym względzie przepisów podatkowych (ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), które w ściśle reglamentowanych przypadkach dopuszczają możliwość stosowania stawki preferencyjnej VAT jako wyjątek od generalnej zasady stosowania stawki podstawowej (22%).

Po drugie przedłożone przez Odwołującego zapytania kierowane do Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach o wydanie interpretacji indywidualnej w spornej sprawie zastosowania stawki VAT do skrzynki gazowej (wniosek z dnia 28 maja 2009 r., pismo

Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 16 czerwca 2009 r., stanowiące wezwanie o uzupełnienie przez Odwołującego wniosku o interpretację oraz uzupełnienie wniosku przez Odwołującego z dnia 18 czerwca 2009 r.) mogą stanowić wyłącznie dowód na potwierdzenie wątpliwości Odwołującego co do zastosowania właściwej stawki VAT we wskazanym zakresie oraz jego stanowiska w tym przedmiocie. Nie potwierdzają natomiast w żaden sposób, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajdzie stawka preferencyjna 7%.

Po trzecie skład orzekający Izby nie uznał za przekonujący co do konieczności zastosowania do skrzynki gazowej stawki 7% dowodu w postaci opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 17 czerwca 2009 r. (znak: OK.-5672/KU-2222/2009) oraz z dnia 29 czerwca 2009 r. (znak: OK. – 5672/KU-2222/1/2009). Pierwsza opinia została wydana w oparciu o pismo Odwołującego z dnia 10 czerwca 2009 r. (znak: DN/280/3/2009), w którym Odwołujący zaprezentował swój punkt widzenia, prezentowany również w toku niniejszego sporu, że skrzynka gazowa stanowi element i integralną część instalacji wewnętrznej budynku. Odwołujący w swoim zapytaniu wyraźnie wskazał, że sporna skrzynka gazowa będzie stanowiła część budynku wielorodzinnego, objętego w całości stawką preferencyjną VAT. Podniósł też, że zamontowana skrzynka będzie stanowiła zabezpieczenie zaworu głównego gazu, nie wskazując jednocześnie, że skrzynka gazowa ma stanowić również zabezpieczenie reduktora i zaworu stanowiącego część przyłącza gazowego, a więc infrastruktury zewnętrznej.

Doprecyzowane przez Odwołującego pytania do Urzędu Statystycznego (pismo z dnia 25 czerwca 2009 r. znak: DN/280/J/2009/2), również wskazują na wybiórcze potraktowanie problemu (podobnie wskazano, że skrzynka gazowa ma stanowić zabezpieczenie gazowego zaworu głównego budynku wielorodzinnego). Odpowiedzi Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 29 czerwca 2009 r. na to zapytanie jest ona analogiczna jak pismo z dnia 17 czerwca 2009 r. Udzielona przez Urzędu Statystycznego w Łodzi odpowiedź wskazuje wyłącznie na zakwalifikowanie określonych, zgodnie z zapytaniem Odwołującego prac, do określonego grupowania PKWiU, co – w ocenie Izby – nie jest wiarygodnym i wystarczającym dowodem na potwierdzenie stanowiska Odwołującego o wiążącej w niniejszej sprawie stawce preferencyjnej VAT, w szczególności wobec treści zapytań skierowanych do wskazanego Urzędu.

Po czwarte skład orzekający Izby uznał za niewystarczający dla potwierdzenia wywodzonej przez Odwołującego okoliczności dowód w postaci wyciągu z przykładowej umowy z operatorem gazowym. Załączona do protestu jedna strona umowy zawartej z Karpackim Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. w Tarnowie w pkt 16 faktycznie wyłącza opłatę za zakup i montaż szafki gazowej przez operatora gazowego z racji wykonania przez niego przyłącza gazowego. Powyższe nie może jednak świadczyć o tym, że w aktualnie prowadzonym postępowaniu skrzynka gazowa nie stanowi elementu prac

zewnętrznych, nie wchodzących w zakres budowy budynku mieszkalnego, w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie odwoławcze. To postanowienie z wyciągu z umowy zawartej w innej sprawie aniżeli będąca przedmiotem sporu, potwierdza jedynie, że w tamtym przypadku operator gazowy nie będzie pobierał opłaty z tytułu nakładów na zakup i montaż szafki gazowej, co nie oznacza, że jej nie będzie w tym przypadku wykonywał, a na pewno, nie może oznaczać, że szafka ta nie wchodzi w zakres infrastruktury zewnętrznej budynku mieszkalnego.

Po piąte, odnosząc się do wskazywanej przez Odwołującego dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia i umiejscowienie w niej spornej skrzynki gazowej (rys. techniczne załączone do odwołania oraz część opisowa projektu wykonawczego wewnętrznej instalacji gazowej) skład orzekający Izby nie uznał za przekonujące twierdzeń Odwołującego, że owa dokumentacja wskazuje na umiejscowienie skrzynki gazowej w ramach instalacji gazowej budynku (instalacji wewnętrznej). W pkt 3 części opisowej wskazuje się jedynie, że na ścianie zewnętrznej budynku zainstalowana będzie wnęka z reduktorem. Powyższe wskazuje jedynie na konieczność zabezpieczenia miejsca na zewnątrz budynku (wnęka), nie określa natomiast wykonania tej skrzynki, która ma również służyć zabezpieczeniu reduktora i zaworu, stanowiącego część przyłącza gazowego, co oświadczył na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący. Zakreślenia dokonane przez Odwołującego na rysunkach stanowiących część dokumentacji projektowej, sugerujące na zakwalifikowanie skrzynki gazowej jako elementu instalacji gazowej wewnętrznej budynku również nie były przekonujące dla Izby.

Po szóste, przywoływany przez Odwołującego § 159 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.), stanowiący, że *„kurek główny powinien być zainstalowany na zewnątrz budynku w wentylowanej szafce co najmniej z materiału trudnozapalnego przy ścianie, we wnęcie ściennej lub w odległości nieprzekraczającej 10 m od zasilanego budynku, w miejscu łatwo dostępnym i zabezpieczonym przed wpływami atmosferycznymi, uszkodzeniami mechanicznymi i dostępem osób niepowołanych”*, nie określa, czy skrzynka gazowa jest elementem instalacji gazowej wewnętrznej, czy też przyłącza gazowego (instalacja zewnętrzna). Przepis określa jedynie wymogi co do tej szafki, jeśli chodzi o materiał, z którego ma być wykonana oraz jej umiejscowienie: we wnęcie, przy ścianie lub w określonej odległości od budynku. Nie wskazuje jednak, w ramach której instalacji (gazowej wewnętrznej, czy przyłącza zewnętrznego gazu) jest umieszczona skrzynka gazowa. Stąd powyższe nie może przesądzać o zasadności wywodów Odwołującego.

Uwzględniając powyższe zasadne jest stwierdzenie przez skład orzekający Izby, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, z których wywodzi daleko idące skutki dla postępowania w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego, która jako najtańsza oferta została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Na marginesie zauważyć należy, że nawet przyjęcie twierdzenia Odwołującego za słuszne o konieczności zastosowania w odniesieniu do jednego drobnego przedmiotowo i wartościowo elementu, wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia robót budowlanych (wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia: 4 100 000 zł netto, a wartość oferty Odwołującego: 4 246 933,21 zł brutto natomiast wycena szafki gazowej w jego ofercie to kwota; 725,07 zł), nie czyniłoby oferty Odwołującego najkorzystniejszą. Jak bowiem wynika z ustaleń składu orzekającego Izby oferta Przystępującego, przy zastosowaniu do spornego elementu stawki maksymalnej - 22%, a więc zawierającej w sobie również wycenę 7% podatku - i tak byłaby ofertą najtańszą.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 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 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....