

Sygn. akt KIO/UZP 987/09

WYROK
z dnia 12 SIERPNIA 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Jolanta Markowska

Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wspólnotę Mieszkaniową, ul. Grunwaldzka 63, 82-300 Elbląg** protestu z dnia **26 czerwca 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Wspólnocie Mieszkaniowej, ul. Grunwaldzka 63, 82-300 Elbląg – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia wykluczenia Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G oraz unieważnienie odrzucenia jego oferty i

dokonanie wezwania Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G do złożenia w wyznaczonym terminie niewadliwego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej i dokonanie ponownej oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża Wspólnotę Mieszkaniową, ul. Grunwaldzka 63, 82-300 Elbląg 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 uiszczanego przez **Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G**
- 2) dokonać wpłaty **kwoty 8 648zł 73 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćset czterdzieści osiem złotych siedemdziesiąt trzy grosze) przez **Wspólnotę Mieszkaniową, ul. Grunwaldzka 63, 82-300 Elbląg** na rzecz **Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, koszty dojazdu i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) 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 **Arkadiusza Lewickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM”, 82-300 Elbląg, ul. gen. K. Pułaskiego 1G**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wspólnota Mieszkaniowa Grunwaldzka 63 w Elblągu, 02-300 Elbląg, prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty konserwatorskie elewacji frontowej Wspólnoty Mieszkaniowej przy ul. Grunwaldzkiej 63 w Elblągu.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 czerwca 2009 roku wykonawca Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „BUDCHEM” Arkadiusz Lewicki, 82-300 Elbląg, ul. Gen. K. Pułaskiego 1G, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na naruszeniu art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. niewłaściwej ocenie ofert i nierównym traktowaniu wykonawców, a w konsekwencji na bezpodstawnym odrzuceniu z udziału w przetargu nieograniczonym oferty Nr 1 złożonej przez odwołującego się.

W uzasadnieniu protestu odwołujący się podniósł, iż zamawiający w treści przekazanego zawiadomienia o wyborze oferty zaniechał podania podstawy prawnej dotyczącej odrzucenia oferty Nr 1 złożonej przez odwołującego się, do której to czynności zobligowany jest postanowieniami art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto argumenty zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego się są bezpodstawne i niezgodne z elementarnymi zasadami Prawa zamówień publicznych. I tak:

1) Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku zawartego w pkt. 5 ust. 1 siwz nie żądał złożenia innych, szczególnych dokumentów, prócz wymaganego aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, który to dokument został przez odwołującego się złożony. Natomiast treść pkt. 3 ww. zaświadczenia, dotycząca określenia przedmiotu działalności protestującego, wyraźnie wskazuje między innymi „działalność historycznych miejsc i budynków oraz podobnych atrakcji turystycznych, ściśle związaną z przedmiotem zamówienia, zgodną z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (91.03.Z).

2) Zamawiający w treści siwz przedmiotowego postępowania nie zastrzegł, które elementy zamówienia albo że całość zamówienia nie mogą być powierzone podwykonawcom, do czego obliguje zamawiającego przepis art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Zapisy zaś kolejnych punktów tworzących całą treść § 8 umowy, stanowiącej integralną część siwz, na który powołuje się zamawiający, świadczą o możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcom:

„(...) 2. Uzyskania zgody zamawiającego do zawarcia umowy z podwykonawcami, zgodnie z postanowieniami art. 647¹ Kodeksu cywilnego;

3. Zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców należnych im za wykonane dostawy w ramach niniejszej umowy”.

Wobec tak sformułowanej treści umowy oraz braku wyraźnego zastrzeżenia zamawiającego zawartego w siwz, zgodnego z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, każdemu z wykonawców przystępujących do postępowania przysługuje prawo złożenia oferty zawierającej zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast oświadczenia zawierające zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia nie stanowią o tym, że złożona oferta jest ofertą częściową lub wariantową lecz ofertą złożoną w celu zrealizowania całości zamówienia przy współdziałaniu podmiotów udostępniających potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia.

3) Odwołujący się zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w pkt. 12.6 siwz podał w formularzu oferty wszystkie niezbędne elementy wymagane treścią ww. punktu. Zamawiający w żadnym punkcie siwz nie podał stawki podatku VAT, jaką wykonawcy musieliby uwzględnić podczas obliczania ceny oferty. Natomiast specyfika zamówienia, wynikająca z załączonego do siwz programu prac konserwatorskich i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, świadczy jednoznacznie, że mamy do czynienia z pracami dotyczącymi konserwacji zabytków, zwolnionych z opodatkowania podatkiem od towarów i usług, jako niewymienione w wyłączeniach od zwolnienia z opodatkowania od towarów i usług, przewidzianych w pkt. 5, poz. 11 załącznika nr 4 do ustawy o podatku od towarów i usług. Stanowisko takie jest zgodne z obowiązującą ustawą o podatku od towarów i usług, a nadto potwierdzone zostało indywidualną interpretacją Ministra Finansów z dnia 8 kwietnia 2009 roku. Tym samym oferta odwołującego się nie powinna być odrzucona. Zamawiający poprzez niewłaściwą interpretację obowiązujących przepisów naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty niezgodny z przepisami ustawy Pzp, gdyż ocena ofert przeprowadzona została z naruszeniem art. 7 ust. 1 dotyczącym nierównego traktowania wykonawców (bezpodstawne odrzucenie oferty).

Odwołujący się podniósł także, że dotychczasowe postępowanie toczyło się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynności w postępowaniu wykonywała bowiem firma Pracownie Konserwacji Dzieł Sztuki M.M. Sieńkowscy, 83-010 Straszyn Ratmanka, ul. Lipowa 12, która ubiega się o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja powoduje, że firma ta podlega wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stanowi to złamanie obowiązku przejrzystości, albowiem osoba taka straciła przymioty bezstronności i obiektywizmu, co z kolei negatywnie wpływa na zachowanie uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców. Wobec powyższego odwołujący się wniosł

o przywrócenie ważności jego oferty i dokonanie ponownej rzetelnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 29 czerwca 2009 roku odwołujący się uzupełnił protest stwierdzając, że oferta złożona przez Pracownie Konserwacji Dzieł Sztuki M.M. Sieńkowsky dotknięta jest także wadą polegającą na tym, że oferent ten nie posiada uprawnień w pełnym zakresie prac koniecznych do wykonania przy realizacji zamówienia. Z przedstawionej dokumentacji wynika bowiem, że wykonawca ten nie posiada w swoim zakresie działalności prac polegających na ustawianiu rusztowań, a nie przedstawił dokumentów, z których wynika, że w tym zakresie chce skorzystać z usług podwykonawcy.

Pismem z dnia 6 lipca 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że ofertę odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z uwagi na błędnie obliczoną cenę poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT.

Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, podając nazwę oferty wybranej, uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy, siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert. Ponadto powołując się na art. 92 ust. 2 ustawy Pzp na wstępie zawiadomienia poinformował odwołującego się o odrzuceniu oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne wynikające również z analizy złożonej oferty poprzez kryteria spełnienia warunków określonych siwz.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jednym z dokumentów, jaki wykonawcy mieli dołączyć do oferty był aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Dołączone do oferty zaświadczenie o działalności gospodarczej odwołującego się zostało złożone w postaci kopii o niepełnej treści, uniemożliwiającej odczytanie, która z wykazanych działalności jest obecnie prowadzona. Ponieważ oferta odwołującego się podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 zamawiający, zgodnie z art. 25 ust. 3 ustawy Pzp nie miał obowiązku wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że za staranność przygotowania oferty i dołączonych dokumentów odpowiada wykonawca.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przekazał wykonawcom wzór umowy, która będzie zawarta o udzielenie zamówienia publicznego. Wzór umowy stanowi integralną część siwz i podlega akceptacji wykonawców w formie oświadczenia złożonego w ofercie: *Oświadczamy, że zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wybrania naszej oferty do zawarcia umowy na ww. warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.* Zgodnie z art. 144 ust. 2 nieważna jest

umowa, jeżeli została dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1, czyli odmiennie do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz – art. 140 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w przekazanym wzorze umowy zawarł zapis w § 8 ust. 1 zobowiązujący wykonawcę do wykonania całości zamówienia własnymi siłami, zatem nie dopuścił podwykonawcy. Natomiast w ust. 2, powołując się na art. 647¹ Kodeksu cywilnego, zawarł zapis uzyskania zgody zamawiającego na powierzenie wykonania części robót podwykonawcy. Przepis ten potwierdza, fakt, iż wskazanie z nazwy podwykonawców następuje na etapie realizacji zamówienia, a nie w momencie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym wymagana jest zgoda zamawiającego. Zatem odwołujący się posiadał na etapie przygotowania i składania oferty wiedzę na temat ewentualnego korzystania z podwykonawców przy realizacji robót. Odwołujący się dołączył do oferty oświadczenie Firmy PROANTIC – Konserwacja Zabytków z siedzibą w Toruniu przy ul. Zbożowej 92, w którym wykazany został jako podwykonawca i zobowiązał się do podjęcia realizacji części zamówienia – roboty konserwatorskie. Z treści tego oświadczenia wynika, że dotyczy to nie tylko części, ale całości robót.

Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Zgodnie z art. 36 ust. 2 opisu części zamówienia dokonuje się w siwz, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Ponieważ remont elewacji dotyczy jednej ściany budynku mieszkalnego, zamawiający zarówno w ogłoszeniu na podstawie art. 41 ust. 4, jak i w siwz nie dopuścił składania ofert częściowych.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz. Zamawiający stwierdza, że żaden z wykonawców nie złożył w terminie ustawowym zapytania, ponadto odwołujący się w treści formularza oferty, który jest integralną częścią siwz, zawarł oświadczenie, że *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosimy zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty.* Zgodnie zaś z art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp protest dotyczący treści ogłoszenia, postanowień siwz, wnosi się w terminie 7 dni od daty zamieszczenia ogłoszenia, a nie zaś po ogłoszeniu wyników postępowania.

Zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, podmiotem właściwym i zobowiązanym do ustalenia właściwej stawki podatku VAT w ofercie jest wykonawca, będący podatnikiem tego podatku. Zamawiający jako podmiot prowadzący postępowanie ma obowiązek zweryfikowania, czy w ofertach podano właściwą stawkę podatku VAT. W celu określenia stawki podatku wykonawca winien wziąć pod uwagę opis przedmiotu zamówienia i obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa. Zgodnie z art. 27 ust.

2 pkt 3 w przypadku świadczenia usług w dziedzinie kultury, miejscem świadczenia usług jest miejsce, gdzie usługi te są faktycznie świadczone. Jak wynika z przedmiotu zamówienia miejscem świadczenia usług będzie budynek mieszkalny, należący do wspólnoty mieszkaniowej, wpisany do rejestru zabytków. Budynek mieszkalny, będący obiektem budownictwa mieszkaniowego, w stosunku do innych zabytków nieruchomości jest sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 opisany następująco: *budynki mieszkalne są to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni jest wykorzystywana do celów mieszkaniowych*. Zgodnie z art. 41 ustawy o podatku VAT dla usług z zakresu budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych, stawka podatku VAT wynosi 7%. Na podstawie art. 3 ust. 7 i 8 ustawy Prawo budowlane – *przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, natomiast przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym*. To że mamy do czynienia z robotami budowlanymi – remontowymi, świadczy między innymi decyzja pozwolenia – roboty budowlane uzyskana dla przedmiotu zamówienia, a wykazana na pierwszej stronie programu prac konserwatorskich – przekazana kserokopia programu dla każdego wykonawcy odbierającego siwz, a także zawartość programu prac konserwatorskich (np. wymiana rur spustowych, obróbek blacharskich, naprawa tynków, naprawa i malowanie balustrad balkonowych itd.) Kwestie, w jaki sposób ma być sporządzany program prac konserwatorskich reguluje ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami dnia 23 lipca 2003 roku. Podnoszone przez odwołującego się stanowisko Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 8 kwietnia 2009 roku jest indywidualną interpretacją i odnosi się do innego zadania i innego obiektu (budynek mieszkalny nie jest kościołem, katedrą czy zamkiem).

Ponadto zamawiający oświadczył, że zgodnie z art. 15 ust. 1 postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Pracownia Konserwacji Dzieł Sztuki M.M. Sieńkowscy ze Straszyna nie przygotowywała ani nie przeprowadzała postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr ZP-1/ZN/2009, jak również nie występowała w postępowaniu jako pełnomocnik zamawiającego. W ogłoszeniu i siwz wskazano, że zamawiającym jest Wspólnota Mieszkaniowa nieruchomości przy ul. Grunwaldzkiej 63, reprezentowana przez Bernarda Woźnego. Kwestie reprezentowania wspólnoty reguluje ustawa z dnia 24 czerwca 1994 roku o własności lokali.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, prowadzenie robót przy zabytkach wymaga opracowania programu prac konserwatorskich przy zabytku nieruchomym, określającym zakres i sposób ich

prowadzenia oraz wskazujący niezbędne do zastosowania materiały i technologie. Tak opracowany program jest załącznikiem do wniosku o pozwolenie na roboty budowlane i wymaga zatwierdzenia przez Miejskiego Konserwatora Zabytków. Skoro program prac konserwatorskich opracowany w 2007 roku przez Pracownię Konserwacji Dzieł Sztuki M.M. Sieńkowscy zawiera powyższe szczegóły, to udział tego wykonawcy w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji, zgodnie z zapisem art. 24 ust., 2 pkt 1.

W dniu 11 lipca 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wskazane w proteście.

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

Odwołanie jest zasadne

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp była czynnością wadliwą.

W myśl cytowanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że zastosowanie błędnej stawki podatku VAT należy kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny.

Niemniej jednak w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaka stawka podatku VAT ma zastosowanie przy pracach objętych przedmiotem zamówienia. Dopiero dokonując oceny ofert zamawiający stwierdził, iż właściwa dla przedmiotu zamówienia stawka podatku VAT wynosi 7%. W tym miejscu stwierdzić należy, że zamawiający nie jest organem uprawnionym do decydowania, jaka stawka podatku VAT jest wiążąca dla uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający nie posiada również stosownej interpretacji wydanej w tej konkretnej sprawie przez organ uprawniony do wydawania interpretacji w sprawach podatkowych. W tej sytuacji wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zastosowania stawki podatku VAT w innej wysokości niż przyjęta przez zamawiającego.

W tym kontekście za nieuprawnione należy uznać reprezentowane w części doktryny stanowisko, iż przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta w tym przypadku nie doznaje uszczerbku - wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisywanej w art. 91 ust. 3a Pzp) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT.

Na marginesie zauważyć należy, iż również Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem właściwym do rozpatrywania sporów w zakresie interpretacji przepisów podatkowych.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie miał prawa - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - odrzucić oferty, w której została cena obliczona w inny sposób, niż zamawiający zakładał lub uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego.

Ponadto, zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku w odpowiednim terminie. Dlatego zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT to na podatniku (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi.

Dodatkowo należy zauważyć, że takie stanowisko jest uprawnione w świetle art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.), zgodnie z którym Minister właściwy do spraw finansów publicznych dąży do zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, dokonując w szczególności jego interpretacji, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (interpretacje ogólne).

Powyższe potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy. Właściwe do weryfikacji i przeprowadzania kontroli w tym zakresie są organy kontroli skarbowej, zaś stawkę określa jedynie wykonawca (podatnik) zgodnie z przytaczanym wyżej art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

W ocenie Izby odrzucenie oferty odwołującego się z powodu dołączenia do oferty oświadczenia podwykonawcy o wykonaniu robót konserwatorskich elewacji frontowej jest nieuzasadnione.

Stosownie do art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

W przedmiotowej sprawie kwestii podwykonawców dotyczy jedynie § 8 wzoru umowy, będącego załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I tak, w myśl tegoż paragrafu wykonawca zobowiązuje się do:

1. Wykonania całego zakresu zleconych robót siłami własnymi lub siłami własnymi.
2. Uzyskania zgody zamawiającego do zawarcia umowy z podwykonawcami, zgodnie z postanowieniami art. 647¹ Kodeksu cywilnego.
3. Zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz podwykonawców należnych im za wykonane roboty w ramach niniejszej umowy.

Zdaniem składu orzekającego wskazane powyżej zapisy w wyraźny sposób pozostają ze sobą w sprzeczności. Nie jest przekonywująca również argumentacja zamawiającego, który stwierdza, iż w § 8 ust. 1 wzoru umowy zobowiązał wykonawcę do wykonania całości zamówienia siłami własnymi, zatem nie dopuścił podwykonawcy, natomiast w ust. 2, powołując się na art. 647¹ K.c., zawarł zapis uzyskania zgody zamawiającego na powierzenie wykonania części robót podwykonawcy. W ocenie zamawiającego przepis ten potwierdza fakt, iż wskazanie z nazwy podwykonawców następuje na etapie realizacji zamówienia, a nie w momencie zawierania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wymagana jest zgoda zamawiającego.

Przepisy Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp **pod warunkiem, że ustawa nie stanowi inaczej**. Taka redakcja przepisu art. 14 ustawy Pzp oznacza, że przepisy ustawy mają prymat wobec przepisów Kodeksu cywilnego. Kwestię powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom reguluje zaś cytowany wyżej przepis art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, który umożliwia co do zasady powierzenie wykonania części lub całości prac podwykonawcom. Wyjątkiem od tej zasady jest jedynie sytuacja, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Powyższe wskazuje, że zastrzeżenie o braku możliwości zatrudniania podwykonawców musi znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która jest podstawowym i niezbędnym dokumentem do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Na

podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują oferty i już na tym etapie muszą mieć pewność co do tego, czy będą mieli możliwość zatrudnienia podwykonawców czy też nie. Możliwość taka nie może być uzależniona od decyzji zamawiającego podejmowanej dopiero na etapie realizacji zadania.

W związku z tym, że na podstawie sporządzonego przez zamawiającego wzoru umowy wykonawca nie mógł mieć pewności co do możliwości zatrudnienia podwykonawców, w ocenie Izby nie może ponosić negatywnych konsekwencji w przypadku, gdy możliwość taką przewidział w ofercie.

W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Zdaniem Izby powyższy pogląd zachowuje swą aktualność również w przypadku sposobu realizacji zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Zamawiający podnosił, iż zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie złożył w terminie ustawowym zapytania, ponadto odwołujący się w treści oferty złożył oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje do przygotowania oferty.

Izba stwierdza, iż przepis art. 38 ust. 1 zd.1 ustawy Pzp przewiduje dla wykonawcy uprawnienie do żądania od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie woli zamawiającego, zawartej w danym zapisie specyfikacji. Z uprawnienia tego wykonawca może, a nie musi korzystać. Brak takiego żądania ze strony wykonawcy nie może tym samym skutkować dla niego negatywnie w sytuacji, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera nieprecyzyjne postanowienia.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż zamawiający błędnie utożsamia możliwość powierzenia wykonania prac podwykonawcom z dopuszczeniem możliwości złożenia przez wykonawców oferty wariantowej lub oferty częściowej. Są to zupełnie różne instytucje Prawa zamówień publicznych, regulowane przez inne przepisy. O możliwości składania ofert wariantowych i częściowych stanowi art. 83 ustawy Pzp. Składanie takich ofert możliwe jest w sytuacjach, o których mowa we wskazanym przepisie, przy czym sam fakt dopuszczenia

bądź nie możliwości składania takich ofert nie może mieć wpływu na możliwość zatrudniania podwykonawców.

Izba podziela natomiast stanowisko zamawiającego, iż odwołujący się złożył wraz z ofertą zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, którego treść – z uwagi na wadliwie wykonaną kopię – może budzić wątpliwości co do przedmiotu działalności odwołującego się. Jednakże wobec braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego się, zamawiający – zgodnie z art. 26 ust. 3 zd 1 *in principio* ustawy Pzp – obowiązany jest wezwać odwołującego się do złożenia prawidłowego zaświadczenia w wyznaczonym terminie.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty odwołującego się dotyczące dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy Marka Sieńkowskiego – Pracownia Konserwacji Dzieł Sztuki M.M. Sieńkowsky, który sporządził program prac konserwatorskich oraz braku wykazania przez niego uprawnień do ustawiania rusztowań. Wartość przedmiotowego zamówienia, zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 17 lipca 2009 roku, wynosi bowiem 163.112,94 zł brutto, co stanowi równowartość kwoty 42.070,86 euro.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy – Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

W związku z powyższym oraz stosownie do przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 241, poz. 1762) uznać należy, iż przepis art. 184 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie w przypadku zamówień o wartości niższej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty

- a) 206.000 euro - dla dostaw lub usług,
- b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

Wskazując na powyższe zasadnym jest stwierdzenie, iż w niniejszym postępowaniu, na zasadzie art. 184 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego okoliczności wyraźnie w przytaczanym przepisie wymienionych, tj.

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;

- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia
- 4) odrzucenia oferty.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż możliwość wniesienia odwołania została ograniczona tylko do wskazanych przypadków, a więc przypadków, w których czynności zamawiającego dotyczą bezpośrednio wykonawcy składającego odwołanie (np. wykluczenia go z postępowania czy odrzucenia jego oferty) nie zaś innych wykonawców. U podstaw *ratio legis* przepisu legło bowiem to, by wykonawca miał zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów. Taka teza wynika z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Pzp oraz niektórych innych ustaw, która to nowelizacja uchwalona została w dniu 4 września 2008 roku i wprowadzona w życie w dniu 24 października 2008 roku.

Odwołanie wniesione w niniejszej sprawie dotyczy również czynności, których dyspozycja przepisu art. 184 ust. 1a nie obejmuje. Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty nie objęte wskazanym przepisem należało pozostawić bez rozpoznania.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego orzekła jak w sentencji wyroku, stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

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 lit. a, pkt 2 lit. a i b, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Elblągu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....