

WYROK

z dnia 13 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 48-930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Transportu Miejskiego (ZTM), w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie Sp. z o.o., 02-798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Idom Ingenieria y Sistemas S.A., Idom Inżynieria Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., 01-192 Warszawa, ul. Leszno 14 ;**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB Sp. z o.o., Halcrow Group Limited, 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21;**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz

- C. wykonawca **Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o., 02-142 Warszawa, ul. Solińska 19B,** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 48-930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sener Ingenieria y Sistemas S.A., 48-930 Las Arenas, Avenida Zugazarte 56** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Wykonawca SENER Ingeniería y Sistemas z Hiszpani [dalej także Odwołujący] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa w konkursie prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Wykonanie Koncepcji Architektoniczno-Budowlanej I etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie i Koncepcji Architektoniczno- Budowlanej I etapu realizacji odcinka wschodniego-północnego II linii metra w Warszawie”. Odwołujący stwierdził, że czynności Zamawiającego dokonane w toku postępowania (...) w postaci oceny złożonych prac konkursowych oraz odmowy udostępnienia do wglądu pracy konkursowej, której przyznano pierwszą nagrodę, tj. pracy złożonej przez spółkę Metroprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostały podjęte z naruszeniem: (1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przyznanie pierwszej nagrody oraz narusza zasady przejrzystości prowadzenia postępowania; (2) art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawną odmowę udostępnienia prac konkursowych; (3) art. 91 ust. 3a ustawy Pzp poprzez bezprawne doliczenie do ceny zaoferowanej przez Odwołującego dodatkowej wartości stanowiącej równowartość podatku od towaru i usług w sytuacji, gdy przepis ten w ogóle nie powinien zostać zastosowany z uwagi na fakt, iż w przypadku oferty Odwołującego nie mamy do czynienia z dostawą wewnątrzspółnotową; (4) art. 115 ust. 1 pkt 4) oraz art. 116 ust. 2 pkt 11) ustawy Pzp poprzez nazbyt ogólne określenie kryteriów oceny prac konkursowych, a co za tym idzie brak możliwości obiektywnej oceny złożonych prac konkursowych w oparciu o ustalone uprzednio i jawne i zrozumiałe dla uczestników konkursu kryteria oceny złożonych prac konkursowych; oraz (5) art. 122 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dowolne przeprowadzenie oceny prac konkursowych, w tym przede wszystkim dowolną ocenę pracy konkursowej Odwołującego, polegającej m.in. na zaniechaniu przyznania punktów, które w świetle rozwiązań zaprezentowanych przez Odwołującego, obiektywnie Odwołującemu należały się oraz pozostałych przepisów uregulowanych w innych aktach prawnych, które zostały wymienione w uzasadnieniu oraz Regulaminu Konkursu. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego z 22 czerwca 2012 r. dotyczącej oceny złożonych prac konkursowych i nakazanie Zamawiającemu dopuszczenie Odwołującego do prac konkursowych oraz wszelkich dokumentów, które są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa lub nie zostały ujawnione na

podstawie przepisów szczególnych, a także nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie oraz ocenę złożonych prac konkursowych z zastrzeżeniem zaniechania doliczania do ceny zaoferowanej przez Odwołującego podatku od towarów i usług celem dokonania oceny złożonej pracy i nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie zarzutów Odwołującego w zakresie zaniechania przyznania punktów oraz uwzględnienie dodatkowych punktów, których zasadność przyznania wynika z zaprezentowanej poniżej punktacji. Na wypadek gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza doszło do wniosku, iż zarzuty podniesione przed Odwołującego są na tyle istotne, iż uniemożliwiają przyznania pierwszej nagrody, wniósł o unieważnienie postępowania. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający odmówił wykonawcy udostępnienia prac konkursowych pozostałym uczestnikom konkursu. Odmowę uzasadnił tym, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają rzekomo żadnych uregulowań dotyczących obowiązku udostępniania prac konkursowych złożonych w trakcie konkursu. Zamawiający podniósł również, iż nie może udostępnić Odwołującemu prac konkursowych ze względu na to, iż prawa autorskie do prac konkursowych przysługują uczestnikom konkursu. Zamawiający w piśmie z dnia 27 czerwca 2012 r. skierowanym do Odwołującego stanął na stanowisku, że jako podmiot nieposiadający praw autorskich do ww. prac konkursowych, nie może udostępnić ich innym podmiotom. W szczególności podniesiony został fakt ochrony m.in. autorskich praw osobistych, tj. prawa autora do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu oraz prawa autora do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności. W uzasadnieniu odmowy nie znalazło się jednak dokładne wyjaśnienie, na czym polegać miałyby ewentualne naruszenie praw autorskich uczestników konkursu przez udostępnienie do wglądu prac konkursowych. Powyższe narusza zasadę jawności, albowiem zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jak wskazuje art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Reguła jawności „ma być gwarancją urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Podkreślił także, że jawność dotyczy nie tylko dokumentów sporządzanych w trakcie postępowania, ale także tych składanych przez wykonawców, w tym ofert. Ochrona dokumentów przewidywana na podstawie innych przepisów nie ma zastosowania dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak zgodnie bowiem wskazują doktryna oraz orzecznictwo, przedsiębiorcy składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą liczyć się z tym, że ich oferty będą jawne dla konkurencji. Naruszenie tej zasady skutkuje wadliwością prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, ma co do zasady obowiązek przekazania wnioskodawcy wszystkich dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w tym również prac konkursowych innych

wykonawców, albowiem przepis art. 8 ust. 3 in fine stanowi, iż do konkursu przepis ten stosuje się odpowiednio. Niezasadny jest również argument Zamawiającego, jakoby możliwe było odmówienie udostępnienia prac konkursowych opierając się na przepisach ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej też jako „pr. aut.”), albowiem przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że wyłączenie lub ograniczenie jawności może nastąpić jedynie, jeżeli jest to określone w ustawie. Tymczasem ustawa Pzp nie przewiduje możliwości odmowy wydania prac konkursowych (ofert) innym wykonawców ze względu na ochronę praw autorskich. Jediną przesłanką odmowy ujawnienia informacji, która uregulowana została w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jest tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z tym zastrzeżeniem, że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł brak możliwości ich ujawniania. Jednakże nawet w takim przypadku zamawiający powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja i należy to do obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że w pracach konkursowych nie zostały zastrzeżone żadne informacje tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający powołując się na przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych również i w tej sytuacji dokonał błędnej wykładni przywołanej ustawy. Przede wszystkim błędnie wskazane i zinterpretowane zostały przez Zamawiającego pojęcia oraz zakres ochrony zarówno autorskich praw osobistych (prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności oraz prawa nadzoru nad sposobem korzystania z utworu), jak i autorskich praw majątkowych. Podkreślił, że zachodzi wątpliwość, czy w ogóle materiały związane z postępowaniem prowadzonym w ramach zamówień publicznych stanowią przedmiot prawa autorskiego. Na podstawie art. 4 pkt. 2) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych: nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 września 2001 r. (sygn. akt IV CKN 458/00) stwierdził, że materiałem urzędowym będzie: to, co pochodzi od urzędu lub innej instytucji państwowej, bądź dotyczy sprawy urzędowej, bądź powstało w rezultacie zastosowania procedury urzędowej. Za takim rozumieniem wzajemnych relacji między art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej i art. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przemawia również wymóg efektywności społecznej kontroli, której winny być poddane informacje służące bezpośrednio zrealizowaniu powierzonych organowi władzy publicznej zadań (wyrok NSA z 27.1.2012 r., I OSK 2130/11). Argumenty te zostały powtórzone w wyroku NSA z 7 marca 2012 r. I OSK 2265/11 oraz w wyroku NSA z 27 stycznia 2012 r., I OSK 2130/11. Oznacza to, że materiały dostarczone przez wykonawców w ramach procedury publicznej - postępowania prowadzonego na podstawie Ustawy - w momencie ich doręczenia do Zamawiającego stały się materiałem urzędowym, nie stanowiącym przedmiotu prawa

autorskiego zgodnie z art. 4 pkt 2) pr. aut., a powoływanie się na ochronę wynikającą z tej ustawy przez Zamawiającego jest nieuzasadnione. 16. W przypadku nie podzielenia jednak przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższej argumentacji należy podkreślić, iż po pierwsze, prawo autora do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności, dotyczy sytuacji, w której po raz pierwszy stwarza się możliwość zapoznania się z dziełem nieograniczonej liczbie osób. Zgodnie z przywoływanym już art. 8 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter jawny. W zakres jawnych informacji podlegających udostępnieniu każdemu wnioskodawcy wchodzi m.in. oferty czy prace konkursowe wykonawców. W wypadku konkursu w rozumieniu art. 110 Ustawy każdy zainteresowany może bowiem uzyskać dane dotyczące dowolnej pracy konkursowej. Wraz z otwarciem ofert dochodzi więc do pierwszego udostępnienia utworu - pracy konkursowej - publiczności. Dalsze przekazywanie utworu wnioskodawcom nie stanowi już zatem pierwszego udostępnienia utworu, a udostępnienie kolejne. Nie podlega ono zatem ochronie w rozumieniu art. 16 pr. aut. Nawet, gdyby przyjąć tezę przeciwną, tzn. że udział w konkursie w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie stanowi udostępnienia utworu publiczności, to także i w takim przypadku nie byłoby możliwości podniesienia przepisu art. 16 pr. aut. jako podstawy odmowy przekazania pracy konkursowej wnioskodawcy. Zdaniem wykonawcy, niezrozumiałe było podniesienie przez Metro Warszawskie zarzutu możliwego naruszenia prawa autora do nadzoru korzystania z dzieła. Ww. uprawnienie autorskie odnosi się bowiem do prawa decydowania co do ewentualnego dokonywania zmian w utworze lub też co do szczególnych form udostępniania utworu. Prawo do nadzoru ma zastosowanie w sytuacjach, gdzie np. podejmowana jest próba zmiany struktury utworu - autor może wtedy wyrazić sprzeciw. Z całą pewnością uprawnienie to nie ma żadnego związku z kwestią przekazywania kopii egzemplarzy utworu innym podmiotom ani udostępnianiem utworu do wglądu. W zakresie rzekomej ochrony autorskich praw majątkowych to z pisma Metro Warszawskie z 27 czerwca 2012 r. nie wynika, jakie dokładnie pole eksploatacji ww. praw mogłoby zostać naruszone przy udostępnieniu Odwołującemu prac konkursowych do wglądu. Zamawiający bowiem tylko bardzo ogólnikowo odniosło się do kwestii ochrony praw autorskich majątkowych i jedynie wskazało na takie prawo, nie precyzując przedmiotu ochrony. Konstrukcja ochrony majątkowych praw autorskich dotyczy podejmowania wszelkich czynności prawnych zmierzających do umożliwienia innym podmiotom eksploatacji dzieła i do czerpania przez twórcę korzyści ekonomicznych związanych z taką eksploatacją. Umożliwienie uzyskania wglądu do pracy konkursowej - utworu - nie stanowi eksploatacji dzieła. Podjęcie takiej czynności przez Zamawiającego nie stanowiłoby zatem naruszenia autorskich praw majątkowych. W konkluzji wykonawca stwierdził, że przyjęta przez Zamawiającego podstawa odmowy udostępnienia prac konkursowych innym wykonawców pozbawiona była w ogóle podstaw prawnych. Trudno się takich podstaw doszukać na tle

przepisów pr. aut., gdyż - utwory te były już uprzednio rozpowszechnione (przez sam fakt uczestnictwa w jawnym konkursie), a zatem nie miałyby zastosowania prawo twórcy do decyzji o pierwszym udostępnieniu utworu, a Odwołujący nie zamierzał dokonywać zmian w pracach konkursowych innych wykonawców, a zatem przepisy dotyczące nadzoru nad korzystaniem z dzieła nie miałyby zastosowania, - wgląd do prac konkursowych nie stanowi żadnego z pól eksploatacji majątkowych praw autorskich. Odwołujący wskazał także na bezzasadność postępowania Zamawiającego w odniesieniu do oceny pracy Odwołującego na podstawie Kryterium nr 4, o którym mowa w Regulaminie. Bezzasadność ta zdaniem Odwołującego polegała na doliczeniu do kosztu wykonania przedmiotu zamówienia podanego przez Odwołującego na Druku Nr 5 składanym przez Odwołującego razem z pracą konkursową podatku VAT w wysokości 23% kwoty podanej przez Odwołującego oraz oceny złożonej przez Odwołującego pracy konkursowej w oparciu o powiększoną w ten sposób przez Zamawiającego kwotę. O ww. sposobie postępowania Zamawiającego Odwołujący wnioskował z ilości przyznanych punktów poszczególnym uczestnikom Konkursu za Kryterium nr 4 w porównaniu z kosztem realizacji projektów poszczególnych uczestników Konkursu. W wyniku powyższego liczba punktów przyznana przez Zamawiającego na podstawie Kryterium nr 4 została zaniżona, co zdaniem Odwołującego miało istotny wpływ na wynik rozstrzygnięcia Konkursu przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, jako podstawę oceny pracy konkursowej Odwołującego Zamawiający powinien był przyjąć kwotę określoną przez niego w Druku Nr 5. Jak bowiem wskazał Odwołujący w tym druku: „Informujemy, że koszt wykonania przedmiotu zamówienia określonego w pkt 6.4 Regulaminu Konkursu wyniesie 16 872 500 złotych netto (słownie złotych: szesnaście milionów osiemset siedemdziesiąt dwa tysiące pięćset), 16 872 500 złotych brutto (słownie złotych: szesnaście milionów osiemset siedemdziesiąt dwa tysiące pięćset). Zgodnie z mechanizmem odwrotnego obciążenia należy oraz naliczony podatek od towarów i usług, zgodnie ze stawka 23% rozlicza nabywca.” Z powyższego wynika zatem, że kwota, jaką Odwołujący wskazał jako koszt wykonania projektu budowlanego, równa jest 16.872.500 zł brutto. Wartość ta jest równa wartości netto, co wynika z odpowiednich przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tj. art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT. Z ww. przepisów wynika konieczność rozliczenia podatku VAT w mechanizmie odwrotnego obciążenia (reverse charge) wynikającego z kosztu wykonania projektu budowlanego. Zdaniem Odwołującego nieuzasadnione było zatem przyjęcie przez Zamawiającego jako podstawy do oceny pracy konkursowej Odwołującego pod względem Kryterium nr 4 kosztu wykonania przedmiotu zamówienia powiększonego o podatek VAT, gdyż takie doliczenie podatku nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Jak wynika bowiem z Regulaminu Konkursu ocenie podlega koszt wykonania projektu budowlanego. Koszt taki zdaniem Odwołującego powinien jak najdokładniej odzwierciedlać rzeczywisty

wydatek jaki poniesie Zamawiający na realizację projektu przygotowanego w ramach Konkursu. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia kosztów wykonania projektu budowlanego. Przepis art. 121 ust. 1 Ustawy wskazuje jedynie na obowiązek złożenia wraz z pracą konkursową przez uczestnika konkursu informacji o planowanych łącznych kosztach wykonania prac na podstawie pracy konkursowej, nie definiując, co należy przez to pojęcie rozumieć. Doktryna wskazuje jednakże, iż mowa tu o rzeczywistych kosztach realizacji tego projektu: „Jako łączne koszty wykonania traktowane będą wszelkie koszty realizacji pracy, np. koszty wzniesienia obiektu, którego zaprojektowania dotyczy konkurs.” 32. Tym samym, zdaniem Odwołującego, jako koszt ten należy rozumieć koszty, jakie realnie poniesie zamawiający z tytułu realizacji projektu. Kierując się wskazanym powyżej rozumieniem Odwołujący wskazując koszt w Druku Nr 5 z najwyższą starannością dążył do odwzorowania realnych obciążeń, jakie poniesie Zamawiający w przypadku realizacji projektu Odwołującego. 33. W celu określenia ww. kosztu Odwołujący wskazał kwotę jaką w rzeczywistości zapłacić powinien Zamawiający z tytułu realizacji projektu. Tak określony koszt odpowiada zatem pojęciu ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż niesie ze sobą tak samo istotną wartość informacyjną oraz ma istotne znaczenie dla wyboru zwycięzcy konkursu. Powyższe ma szczególnie istotne znaczenie w świetle przyznania kryterium opartemu na wartości (Kryterium nr 4) najwyższej wagi spośród kryteriów przewidzianych w Regulaminie Konkursu. 34. Koszt określony przez Odwołującego w Druku Nr 5, jak Odwołujący wskazał powyżej, stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający byłby obowiązany zapłacić Odwołującemu za realizację projektu zgłoszonego do Konkursu. Tak określony koszt zdaniem Odwołującego odpowiada pojęciu ceny zdefiniowanej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, zgodnie z którym cena to wartość wyrażona 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. Definicja ta ma również wprost zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, na co wprost wskazuje art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z cytowanym powyżej przepisem ustawy o cenach, 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. Odwołujący czyniąc zadość ww. wymogowi wskazał, że w jego przypadku koszt brutto jest równy kosztowi netto, gdyż zgodnie z mechanizmem odwrotnego obciążenia należny oraz naliczony podatek VAT rozlicza Zamawiający. W świetle powyższego zasadne i poprawne jest wskazanie przez Odwołującego ceny brutto równej cenie netto, gdyż w myśl przepisów ustawy o VAT, do ceny netto w przypadku mechanizmu odwrotnego obciążenia nie dolicza się należnego

podatku, było prawidłowym i jedynym dopuszczalnym w tej sytuacji wyjściem. Jak wskazuje art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT podatnikami tego podatku są podmioty będące usługobiorcami usług świadczonych przez podatników nieposiadających siedziby działalności gospodarczej lub stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju. Powyższe ma zastosowanie do Odwołującego gdyż nie posiada on siedziby działalności gospodarczej lub stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Polski. Nie zachodzą tu również inne warunki wskazujące na konieczność rozliczania przez niego podatku należnego, co oznacza, iż nie dokonuje on takich rozliczeń zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy o VAT. 38. Rozliczanie podatku należnego i naliczonego przez usługobiorcę zwane mechanizmem odwrotnego obciążenia (reverse charge) nie jest rozwiązaniem fakultatywnym. Obowiązek takiego typu rozliczeń wynika wprost z przytoczonych powyżej przepisów, które nie przewidują w tym zakresie żadnej dowolności. W świetle powyższego Odwołujący nie miał możliwości wskazania innego kosztu niż uczynił to w Druku Nr 5. Wskazany przez niego koszt wyznaczony został bowiem przy uwzględnieniu zasad określania cen z uwzględnieniem przepisów podatkowych, w szczególności przewidujących obowiązek zastosowania mechanizmu odwrotnego obciążenia. Rozliczenie podatku należnego przez usługobiorcę, czyli w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiającego, nie spowoduje jednak po jego stronie poniesienia ciężaru ekonomicznego tego podatku. Jak bowiem wynika z art. 86 ust. 2 pkt 4 lit. a) ustawy o PIT kwotę podatku naliczonego stanowi kwota podatku należnego z tytułu świadczenia usług, dla którego podatnikiem jest usługobiorca, co ma miejsce w przypadku Konkursu. Tym samym rozliczenie przez Zamawiającego podatku należnego z tytułu realizacji projektu przedstawionego przez Odwołującego w Konkursie spowoduje po jego stronie powstanie jednoczesnego prawa do odliczenia tego podatku jako podatku naliczonego. Powyższe oznacza w rezultacie całkowitą neutralność tak określonego podatku VAT, skutkującą brakiem jakiegokolwiek obciążenia Zamawiającego pod tym względem. Co więcej, odmiennie, niż w przypadku transakcji pomiędzy- dwoma podmiotami polskimi, rozliczenie podatku VAT jest w mechanizmie odwrotnego obciążenia zdarzeniem wyłącznie technicznym, nie powodującym faktycznego poniesienia kosztu podatku (przepływu pieniężnego) po stronie Zamawiającego. Występuje wyłącznie na fakturze wewnętrznej, rejestrze VAT oraz w dwu pozycjach deklaracji VAT którą złoży Zamawiający: sprzedaży opodatkowanej oraz zakupach związanych ze sprzedażą opodatkowaną, nie powodując jednocześnie wypływu środków z rachunku bankowego. 40. W świetle powyższego doliczenie podatku należnego w procesie oceny prac konkursowych przez Zamawiającego do kosztu określonego przez Odwołującego było bezzasadne. Brak jest bowiem w tym przypadku jakiegokolwiek przesłanki wskazującej na taki sposób postępowania Zamawiającego. Obowiązek taki nie wynika bowiem ani z przepisów Ustawy ani też z

Regulaminu Konkursu. Tym samym, jak wskazuje Odwołujący doliczenie podatku w stawce 23% było nieuprawnione i spowodowało istotne pogorszenie jego pozycji konkurencyjnej w Konkursie, a w konsekwencji miało istotny wpływ na jego wyniki. Całkowita neutralność podatku VAT dla Zamawiającego w mechanizmie odwrotnego obciążenia tym bardziej nie uzasadnia takiego doliczenia, bowiem kwotą jaką zobowiązany byłby zapłacić Zamawiający Odwołującemu w związku z realizacją projektu byłby koszt wskazany w Druku Nr 5, tj. 16.872.500 zł. Jakikolwiek doliczenie do tej kwoty podatku stanowiłoby działanie wbrew prawu i nie zwalniałoby Zamawiającego z obowiązku rozliczenia takiego nabycia usług przy zastosowaniu mechanizmu odwrotnego obciążenia. Odwołujący wskazał również, że doliczenie hipotetycznego podatku, jakiego dokonał Zamawiający w procesie oceny prac konkursowych nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, ani w Regulaminie Konkursu. Brak jest bowiem jakichkolwiek postanowień regulujących tę kwestię. Doliczanie hipotetycznego podatku należnego do ceny ustawodawca przewidział bowiem jedynie w art. 91 ust. 3a ustawy Pzp i dotyczy ono jedynie oceny oferty w sytuacji wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. Zdaniem Odwołującego przepis ten ma charakter wyjątkowy, gdyż pogarsza pozycję konkurencyjną oferenta i w związku z tym nie może być stosowany per analogiam do innych stanów faktycznych. W szczególności niemożliwe jest zastosowanie go do konkursu organizowanego na podstawie art. 110 i nast. ustawy Pzp oraz importu usług. Ustawa o VAT w sposób wyraźny różnicuje bowiem wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów od importu usług i jako takie nie może podlegać tym samym reżimom prawnym również na gruncie innych ustaw. Przez wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, jak wskazuje art. 9 ust. 1 ustawy o VAT, rozumie się nabycie prawa do rozporządzania jak właściciel towarami, które w wyniku dokonanej dostawy są wysyłane lub transportowane na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium państwa członkowskiego rozpoczęcia wysyłki lub transportu przez dokonującego dostawy, nabywcę towarów lub na ich rzecz. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania nie dojdzie do wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów. W wyniku rozstrzygnięcia konkursu może bowiem dojść do sytuacji, w której zwycięzcy zostanie udzielone zamówienie publiczne, którego przedmiotem będzie wykonanie projektu. Nie ulega wątpliwości, iż wykonanie projektu jest jednak usługą, nie towarem. W związku z powyższym w przypadku ewentualnego udzielenia zamówienia publicznego doszłoby do wykonania usługi przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego; żadna dostawa towarów nie miałaby miejsca. Jak już wskazano Odwołujący jest podmiotem z siedzibą zagranicą, bez stałego miejsca prowadzenia działalności na terytorium Polski. W świetle powyższego dochodzi tu do świadczenia usług, dla których miejscem świadczenia, zgodnie z art. 28b ust. 1 ustawy VAT jest siedziba usługobiorcy, czyli Zamawiającego. W powiązaniu z faktem, że Odwołujący nie ma siedziby ani stałego miejsca prowadzenia działalności na terytorium Polski, dochodzi do sytuacji określanej pozakodeksowym mianem

importu usług, która w tej sytuacji opodatkowana podatkiem VAT będzie, zgodnie z art. 17 ust. pkt 4 ustawy o VAT, w mechanizmie odwrotnego obciążenia (reverse charge). W świetle powyższego nie można twierdzić, iż dochodzi w przedmiotowej sprawie do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, które zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp uprawniałoby Zamawiającego do doliczenia nienależnego podatku VAT. 46. Stąd też zdaniem Odwołującego całkowicie niezasadne było doliczenie kwoty podatku VAT do kosztu przedstawionego przez niego w Konkursie. Doliczenie to spowodowało bowiem istotne pogorszenie oceny jego pracy zgłoszonej do Konkursu, a w rezultacie miało wpływ na jego rozstrzygnięcie poprzez przyznanie Odwołującemu istotnie mniejszej liczby punktów za Kryterium nr 4 w procesie oceny prac konkursowych. Niedopuszczalność stosowania reguły o wyjątkowym charakterze w odniesieniu do kosztu wskazanego przez Odwołującego znajduje również odbicie w orzecznictwie. Przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt IV Ca 429/10 wskazano na niemożliwość rozszerzania zastosowania analizowanej zasady nawet w obrębie oceny ofert. W ww. wyroku Sąd podkreślił, że : „Z treści tego przepisu nie daje się zatem wywieść wprost uprawnienia zamawiającego do doliczenia obciążającego go podatku VAT do ceny oferty przy czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Czynność oceny ofert i czynność unieważnienia postępowania są bowiem różnymi czynnościami zamawiającego i gdyby wolą ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu doliczenie podatku VAT do ceny oferty także przy czynności unieważnienia postępowania, to znalazłoby to wyraz w treści przepisu art. 91 ust.3a ustawy Pzp lub w treści art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp.” W świetle wyartykułowanego powyżej przez Sąd zakazu obejmowania jakichkolwiek innych stanów faktycznych niż wymienione w art. 91 ust. 3a Ustawy normą prawną wynikającą z tego przepisu nie może budzić wątpliwości, iż mechanizm doliczenia podatku VAT, mimo jego nienależności, jest konstrukcją wyjątkową, i jako taki nie może być zastosowany rozszerzająco. Powyższe powinno stosować się również do procesu oceny prac konkursowych pod względem kryterium kosztów ich realizacji w konkursach ogłoszonych na zasadach przewidzianych w ustawie Pzp. Doliczenia nienależnego podatku VAT do którego rozliczenia zobowiązany jest zamawiający w przypadku konkursu, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Doliczenie takie nosi cechy arbitralności i zbyt daleko posuniętej dowolności w procesie oceny oraz stawia pod znakiem zapytania przejrzystość dokonywanych rozstrzygnięć. Należy bowiem przyjąć, że gdyby wolą ustawodawcy było doliczanie należnego podatku VAT za każdym razem, gdy podatek ten podlega rozliczeniu przez Zamawiającego, czy też w przypadku oceny prac konkursowych, to racjonalny ustawodawca zamieściłby adekwatne przepisy regulujące tą kwestię. Brak takich przepisów zdaniem Odwołującego potwierdza bezprawność jakiej dopuścił się Zamawiający w procesie oceny prac zgłoszonych do Konkursu polegającą na doliczeniu

podatku VAT do kosztu określonego przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia Konkursu naruszył przepisy Ustawy poprzez nieuprawnione doliczenie podatku VAT do kosztu realizacji wskazanego przez Odwołującego. Jak wynika z powyżej przeprowadzonej analizy do doliczenia takiego nie miał prawa. Mechanizm odwrotnego obciążenia, jaki ma zastosowanie do usługi świadczonej przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w żadnym wypadku nie powoduje obciążenia Zamawiającego ekonomicznym ciężarem podatku VAT, co wynika z równoczesnego z samo naliczeniem prawa do odliczenia tego podatku. Oznacza to, iż zamawiający dokonując rozstrzygnięcia konkursu do kosztów wykonania wskazanego przez Odwołującego, doliczył kwotę podatku, która nigdy nie byłaby należna, i nie podlegałaby zapłacie przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Doliczenie dokonane przez Zamawiającego w istotny sposób pogorszyło pozycję konkurencyjną Odwołującego w Konkursie. Co więcej, ani przepisy ustawy Pzp ani Regulamin Konkursu nie wskazywały na dopuszczalność dokonania takiego doliczenia. Zarówno Regulamin Konkursu, jaki i przepisy ustawy Pzp zobowiązywały uczestnika Konkursu do podania kosztu wykonania projektu, który w przypadku jego realizacji będzie rzeczywistym kosztem do jakiego poniesienia będzie zobowiązany Zamawiający. Kryterium nr 4 określone w pkt 9.4 Regulaminu wskazywało na koszt wykonania projektu jako kryterium oceny, bez jakiegokolwiek wzmianek o sposobie rozliczenia podatku VAT. a także wpływie tego rozliczenia na ocenę prac konkursowych. Tym samym należy wnosić, co zgodne jest z podstawowymi zasadami ustawy Pzp, że jako taki koszt uczestnik konkursu powinien wskazać kwotę w rzeczywistości należną od Zamawiającego z uwzględnieniem wszelkich ciężarów podatkowych, w tym podatku VAT. Taka też kwota, zgodnie z Regulaminem Konkursu i przepisami ustawy Pzp powinna być podstawą oceny prac konkursowych przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego jako podstawę oceny jego pracy pod względem Kryterium nr 4 Zamawiający zobowiązany był przyjąć koszt wskazany przez niego w Druku Nr 5 bez jakiegokolwiek doliczeń, w szczególności kwot podatku które nigdy nie byłyby należne. Wykonawca podniósł także, że w toku prowadzonego postępowania zamawiający obowiązany jest do podania kryteriów oceny ofert (prac konkursowych) oraz znaczenia tych kryteriów. Podkreślił jednocześnie, że powyższych pojęć nie należy traktować w sposób zawężający, tzn. zamawiający nie pomogą ograniczać się jedynie do wskazania opisu kryterium oraz przypisania temu kryterium odpowiedniej wagi. Tego typu postanowienia naruszają bowiem zasadę jawności postępowania oraz prowadzą do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (uczestników konkursu) poprzez umożliwienie zamawiającym wprowadzanie na etapie dokonywania oceny złożonych prac konkursowych (ofert), kryteriów, które wcześniej nie były podane do wiadomości, na które wykonawcy nie zwrócili uwagi, a których znajomość być może spowodowałaby inne (lepsze) przygotowanie złożonej oferty (pracy konkursowej). Odnosząc

powyższe spostrzeżenie do Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego oraz przygotowanych przez niego dokumentów wskazać należy, iż z powyższą sytuacją (dowolnej oceny złożonych prac konkursowych) mamy do czynienia. Odwołujący bowiem nie był w stanie określić, jakie cechy brane były pod uwagę w takich kryteriach, jak walory konstrukcyjno - technologiczne, stanowiące 15% lub rozwiązania architektoniczne, stanowiące 15% na etapie składania pracy konkursowej. Dopiero z treści protokołu nr 9 można się dowiedzieć, co Zamawiający brał pod uwagę w poszczególnych kryteriach i za co przyznawał punkty przy czym metodologia przyznawania tych punktów w dacie wnoszenia niniejszego pisma nie jest znana Odwołującemu. Odwołujący wskazał, że praca konkursowa Odwołującego, która została przygotowana z najwyższą starannością, zgodnie z Regulaminem Konkursu i jego załącznikiem nr 1 „Warunki wykonania Koncepcji Architektoniczno- Budowlanej I etapu realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie” nie została oceniona w taki sposób, na który wskazują obiektywne kryteria. Nawet w oparciu o podkryteria ujawnione w Protokole nr 9, Odwołujący powinien otrzymać znacznie większą liczbę punktów. Podniósł również, że poważne wątpliwości, w oparciu o treść Protokołu nr 9, budzić może sposób procedowania (przyznawania punktów) przez Sąd Konkursowy in gremio. Wydaje się bowiem, iż Sąd Konkursowy - jego poszczególni członkowie - powinni być bezstronni i niezależni w swej ocenie. Poszczególni członkowie komisji powinni dokonać oceny zgodnie z własnym doświadczeniem eksperckim oraz analizą przedstawionych prac. Tymczasem w świetle treści Protokołu nr 9 sposób pracy Sądu Konkursowego w szczególności w kwestii oceny złożonych prac konkursowych pozostawał w sprzeczności z niezależnością oceny poszczególnych sędziów. Zdaniem wykonawcy poważne wątpliwości budzić może sposób przeprowadzenia oceny złożonych prac konkursowych. W szczególności analiza punktacji indywidualnych kart oceny poszczególnych prac konkursowych przez poszczególnych członków sądu konkursowego wskazuje na zagadkową powtarzalność punktacji lub równie niezrozumiałe różnie w stosunku do ocen ekspertów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o., z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania, a po stronie odwołującego - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Idom Ingenieria y Sistemas S.A. oraz Idom Inżynieria Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., z Warszawy i wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB Sp. z o.o. oraz Halcrow Group Limited z Warszawy- wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba w przedmiotowym odwołaniu podniesiono generalny zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o przyznanie pierwszej nagrody i zasady przejrzystości prowadzenia postępowania, o których stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawną odmowę udostępnienia prac konkursowych, art. 91 ust. 3a ustawy Pzp poprzez bezprawne doliczenie do ceny zaoferowanej przez Odwołującego dodatkowej wartości stanowiącej równowartość podatku od towaru i usług w sytuacji, gdy przepis ten w ogóle nie powinien zostać zastosowany z uwagi na fakt, iż w przypadku oferty Odwołującego nie mamy do czynienia z dostawą wewnątrzspółnotową, a także naruszenie art. 115 ust. 1 pkt 4) oraz art. 116 ust. 2 pkt 11) ustawy Pzp z uwagi na zbyt ogólne określenie kryteriów oceny prac konkursowych i tym samym brak możliwości obiektywnej oceny złożonych prac konkursowych w oparciu o jawne i zrozumiałe dla uczestników konkursu kryteria oceny złożonych prac konkursowych i art. 122 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi – zdaniem wykonawcy - na dowolne przeprowadzenie oceny prac konkursowych i w przypadku pracy konkursowej Odwołującego zaniechanie przyznania punktów, które w świetle rozwiązań zaprezentowanych przez wykonawcę, obiektywnie przysługiwały jego pracy.

Powyższe ustalenia wskazują, że zarzut naruszenia art. 115 ust. 1 pkt 4 oraz art. 116 ust. 2 pkt 11 ustawy Pzp są podniesione po terminie. Zarzuty te - w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp lub stosując odpowiednio ust.1 pkt 1 lub 2 pkt 1 tego przepisu ustawy Pzp - wykonawca był zobowiązany podnieść w terminie 10 dniu od daty publikacji Ogłoszenia o konkursie [data publikacji 26.11.2011 r.] lub odpowiednio od daty pozyskania Regulaminu konkursu – dostępnego od daty publikacji Ogłoszenia o konkursie. Niemożliwe, zatem jest – w okolicznościach niniejszej sprawy - po rozstrzygnięciu konkursu i wyborze pracy najlepszej skuteczne kwestionowanie kryteriów oceny prac konkursowych. Z tych też względów Izba -

mając odpowiednio na uwadze przepis art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp – pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 115 ust. 1 pkt 4 oraz art. 116 ust. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba stwierdziła, że dla rozpoznania niniejszego odwołania zasadnicze znaczenie ma zarzut związany z naruszeniem art. 122 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący – zdaniem wykonawcy - dowolnej oceny prac konkursowych, a przede wszystkim zaniechanie przyznania pracy Odwołującemu takiej liczby punktów, jakie zdaniem wykonawcy powinny być przyznane i w konsekwencji zaniechanie uznania - w świetle rozwiązań zaprezentowanych przez wykonawcę - jego pracy konkursowej za najlepszą. Tak jak ustaliła Izba Zamawiający - w Ogłoszeniu o konkursie i w Regulaminie konkursu - wskazał kryteria i zasady punktacji prac konkursowych oraz procedurę wyboru pracy najlepszej. Zgodnie z postanowieniami pkt 9.3 Regulaminu konkursu prace konkursowe miały być ocenione na podstawie sześciu (6) kryteriów, którym przypisano stosowne wagi procentowe. Tak jak podano w pkt 9.4 Regulaminu każdy z członków Sądu konkursowego w kryterium 1, 2, 3 oraz 5 i 6 mógł przyznać określoną liczbę pkt w skali od 1 do 5 pkt. Liczba przyznanych punktów nie wymagała pisemnego uzasadnienia każdego z członków sądu konkursowego. Z kart indywidualnych oceny prac konkursowych - przedłożonych do akt sprawy - wynika, że zostały one wypełnione tak jak wymagał tego Regulamin, a suma punktów z nich wynikająca z uwzględnieniem wag przypisanych dla danego kryterium przesądziła o wyborze pracy najlepszej. Taka metodologia oceny była znana wykonawcom przed złożeniem prac konkursowych. Tym samym nie jest możliwe domaganie się przez wykonawcę uwzględniania przez członków sądu konkursowego tych elementów z jego pracy konkursowej, które jego zdaniem uprawniają wykonawcę do domagania się wyższej liczby punktów, aniżeli liczba punktów przyznana. Izba zauważa, że wykonawca przed złożeniem pracy konkursowej nie domagał się wyjaśnienia metodologii oceny prac konkursowych, czy też skonkretyzowania tej metodologii. Tym samym wybór najlepszej pracy konkursowej nastąpił według zasad i procedur ustalonych w pkt 9 Regulaminu i z tego też względu podlega oddaleniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem ocena prac konkursowych wszystkich wykonawców była dokonywana z zastosowaniem jednolitej metodologii.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że przepisy ustawy Pzp, w tym wskazany art. 8 ust.3 wymagają jednoznacznego zastrzeżenia w przypadku m.in. pracy konkursowej [także we wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie] tej części [nawet całości] pracy, która zdaniem wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba jednocześnie zauważa, że odpowiednie zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku nieuprawnionego zastrzeżenia informacji w konkursie może

powodować taki skutek, jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też brak takiego zastrzeżenia – tak jak w okolicznościach niniejszej sprawy - powoduje, że prace konkursowe mogą być udostępnione każdemu z wykonawców, oczywiście – tak jak tego wymaga art. 122 ust.3 ustawy Pzp - bez możliwości identyfikacji ich autorów do czasu rozstrzygnięcia konkursu. Postanowienie pkt 4.2.1 Regulaminu konkursu nie może stanowić podstawy odmowy udostępnienia prac konkursowych. To postanowienie dotyczy bowiem uprawnień Zamawiającego, co do zasad dysponowania pracami konkursowymi po rozstrzygnięciu konkursu. Także w zakresie spornym nie mają zastosowania przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Przede wszystkim brak jest odesłania do tych przepisów w Regulaminie konkursu. Ponadto Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji, także w prowadzonym konkursie tylko w sytuacjach wskazanych w ustawie Pzp. Izba podzieliła także pogląd wnoszącego odwołanie wykonawcy, że Zamawiający powołując się na przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych dokonał błędnej wykładni przywołanej ustawy. Przede wszystkim – uwzględniając argumentację Zamawiającego w zakresie rozpatrywanym - błędnie zostały wskazane i zinterpretowane przez Zamawiającego pojęcie oraz zakres ochrony zarówno autorskich praw osobistych (prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności oraz prawa nadzoru nad sposobem korzystania z utworu), jak i autorskich praw majątkowych.

Rozpoznając ostatni z zarzutów dotyczący naruszenia art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zastosowanie tego przepisu w tej konkretnej sprawie powinno wynikać z Regulaminu konkursu. Tak jak wskazano w tym Regulaminie jednym z kryteriów był koszt wykonania Projektu Budowlanego [waga 35%]. Z kolei przepis art. 91 ust.3a ustawy Pzp pozwala na doliczenie kwoty podatku od towarów i usług wyłącznie w celu oceny oferty i nie odsyła nawet pośrednio do kryteriów o wymiarze finansowym zastosowanych w konkursie dla wyboru pracy najlepszej. Zatem brak stosownych uregulowań w Regulaminie konkursu nie pozwalał Zamawiającemu na doliczanie kwoty podatku VAT do kosztu wykonania Projektu Budowlanego. Na marginesie Izba zauważa, że tak jak podnosi się w orzecznictwie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko do wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, ale również do importu towarów. Ponadto – tak jak słusznie wskazał zamawiający - Odwołujący jest podmiotem z siedzibą zagranicą, bez stałego miejsca prowadzenia działalności na terytorium Polski. Zatem (...) W świetle powyższego dochodzi tu do świadczenia usług, dla których miejscem świadczenia, zgodnie z art. 28b ust. 1 ustawy o VAT jest siedziba usługobiorcy, czyli Zamawiającego. (...) W powiązaniu z faktem, że Odwołujący nie ma siedziby ani stałego miejsca prowadzenia działalności na terytorium Polski, dochodzi do sytuacji określanej pozakodeksowym mianem importu usług, która w tej sytuacji opodatkowana podatkiem VAT będzie zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o VAT, w

mechanizmie odwrotnego obciążenia (reverse charge). Tym samym koszt wykonania projektu budowlanego powinien obejmować podatek VAT, a w świetle obowiązujących przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, podatek ten byłby obowiązany uiścić Zamawiający. Dlatego też, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla porównania cen ofert stanowiących koszt projektu budowlanego Zamawiający byłby uprawniony do zastosowania art. 91 ust.3a ustawy Pzp i zobowiązany do doliczenia do kwoty wskazanej przez Odwołującego należnego podatku VAT, który byłby zobowiązany zapłacić. Tym samym, w tym konkretnym stanie faktycznym dla oceny pracy konkursowej na podstawie kryterium nr 4, zastosowanie przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp mogło mieć miejsce tylko na podstawie wyraźnego postanowienia Regulaminu konkursu.

Izba jednocześnie uznała, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 91 ust. 3a ustawy Pzp podlegają oddaleniu. W tym przypadku KIO miała na względzie, iż powołane naruszenia pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie konkursu, gdyż – jak wskazano – wybór najlepszej pracy konkursowej nastąpił zgodnie z regułami określonymi w Ogłoszeniu o konkursie i Regulaminie konkursu, a uwzględnienie wskazanych zarzutów prowadziłoby w konsekwencji do nieuzasadnionego unieważnienia konkursu z uwagi na przepis art. 124 zdanie trzecie ustawy Pzp w związku z art. 122 ust.3 ustawy Pzp, który nie zezwala na identyfikację prac konkursowych przed rozstrzygnięciem konkursu. Tak jak bowiem Izba ustaliła domaganie się ujawnienia prac konkursowych było oparte na przekonaniu wykonawcy, że jego praca powinna uzyskać większą liczbę punktów. Nie była natomiast kwestionowana punktacja przyznana pracy uznanej za najlepszą wykonawcy Biuro Projektów METROPROJEKT Sp. z o.o., ani co do jej zgodności z Warunki wykonania Koncepcji Architektoniczno-Budowlanej I etap realizacji odcinka zachodniego II linii metra w Warszawie, ani co do zastosowanych kryteriów. Także wykonawca nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, co do możliwej do uzyskania liczby punktów w czwartym kryterium - koszt wykonania Projektu Budowlanego. Tak jak wywiódł zamawiający (...) W przypadku gdyby do oceny pracy przyjąć kwotę 16 872 500,00 PLN i utrzymać pozostałe punkty przydzielone przez Sąd Konkursowy, praca uzyskałaby w kryterium nr 4 (cena) 23,91 pkt a ogółem 70,08 pkt, co w dalszym ciągu stanowiłoby 2 wynik punktowy”. W konkluzji Izba uznaje, że wykonawca – w okolicznościach niniejszej sprawy - w podnoszeniu zarzutów związanych z naruszeniem przez Zamawiającego w konkursie przepisu art. 8 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.3a ustawy Pzp *de facto* nie udowodnił również interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym środki ochrony prawnej na gruncie tej ustawy przysługują temu uczestnikowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia

odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie tej materialno-prawnej przesłanki. Analogiczne stanowisko – jak w niniejszej sprawie – może odnosić się do każdego z zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

.....

.....

.....