

Sygn. akt: **KIO/UZP 242/10**

KIO/UZP 260/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Piotr Kozłowski
Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **10 marca 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a (sygn. akt KIO/UZP 242/10)

B. Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3 (sygn. akt KIO/UZP 260/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie - Wojewódzki Zespół Szkół Policealnych w Szczecinie, 71-460 Szczecin, ul. Broniewskiego 9** protestów:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a z dnia 26.01.2010 r.

B. Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3 z dnia 28.01.2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 242/10.

orzeka:

1.

A. Oddała odwołanie (sygn. akt KIO/UZP 242/10)

B. Uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie oferty odwołującego do postępowania (sygn. akt KIO/UZP 260/10)

2. Kosztami postępowania obciąża:

- Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a (sygn. akt KIO/UZP 242/10)

- **Województwo Zachodniopomorskie - Wojewódzki Zespół Szkół Policealnych w Szczecinie, 71-460 Szczecin, ul. Broniewskiego 9** (sygn. akt KIO/UZP 260/10)

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444zł 00 gr. gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery zł 00 gr.) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2222 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa zł 00 gr.) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a**
 - B** koszty w wysokości 2222 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa zł 00 gr.) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 9422 zł 00 gr. (słownie: dziewięć tysięcy czterysta dwadzieścia dwa zł 00 gr.)
stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A** kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset zł 00 gr.) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a**
na rzecz **Województwo Zachodniopomorskie - Wojewódzki Zespół Szkół Policealnych w Szczecinie, 71-460 Szczecin, ul. Broniewskiego 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

- B** kwoty 5822 zł 00 gr. (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa zł 00 gr.) przez **Województwo Zachodniopomorskie - Wojewódzki Zespół Szkół Policealnych w Szczecinie, 71-460 Szczecin, ul. Broniewskiego 9** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15556 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zł 00 gr.)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 7778 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem zł 00 gr.) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia, z siedzibą dla lidera konsorcjum 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Jagiełły 5a**
- B** kwoty 7778 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem zł 00 gr.) na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki, 70-026 Szczecin, ul. Smolańska 3**

U z a s a d n i e

Zamawiający, Województwo Zachodniopomorskie - Wojewódzki Zespół Szkół Policealnych w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – postępowanie o udzielenie zamówienia na modernizację Policealnej Szkoły Medycznej w Szczecinie - Wojewódzkiego Zespołu Szkół Policealnych w Szczecinie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 04.12.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 21.01.2010 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą uznano ofertę Consteel Sp. z o.o. oraz odrzuceniu ofert:

- Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno – Budowlanych GOBUD Tadeusz Kot (Lider), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AB” Marek Fandrych, 3. FBR „BRUKPOL-2” Andrzej Szyłow, 4. Przedsiębiorstwo ogólnobudowlane „DANPOL” Ludwik Szczepański, 5. ZETKA Sp. z o.o., 6. „ENET” Andrzej Ligocki, 7. „HOŁOWNIA-INSTALACJE” Grzegorz Hołownia (zwanym dalej „Konsorcjum GOBUD”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z treścią siwz – zdaniem zamawiającego zaproponowana metoda „osuszania ścian piwnic – izolacja pionowa” (poz. 20 kosztorysu budowlanego-roboty wewnętrzne) nie gwarantuje osiągnięcia zamierzonego celu jakim jest osuszenie ścian piwnic i zabezpieczenie przed ponownym zawilgoceniem murów;
- Przedsiębiorstwa Budowlano – Handlowe Perfect sp. j. Mirosław Barwin, Piotr Wawrocki (zwanej dalej „Perfekt”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny – wykonawca przyjął w ofercie jednolitą, preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7% dla całego przedmiotu zamówienia, która jednakże może i powinna dotyczyć tylko modernizowanego budynku internatu, gdyż na przedmiot zamówienia składają się również roboty budowlane wykraczające poza obręb budynku internatu, które winny być opodatkowane podstawową stawką VAT – 22%.

A: KIO/UZP 242/10

PROTEST

W dniu 26.01.2010 r. Konsorcjum GOBUD wniosło protest wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu, iż naruszył:

- art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp poprzez stwierdzenie, iż oferta protestującego nie odpowiada treści siwz, co nie jest prawdą, gdyż wycena obejmuje koszt kompleksowego wykonania osuszenia murów i ścian piwnic, oraz ich zabezpieczenia przed dalszym zawilgoceniem przy zastosowaniu technologii opisanej w SIWZ i dokumentacji technicznej,

- art. 7 ust 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

W związku z powyższym protestujący wniósł o:

- unieważnienie odrzucenia jego oferty,
- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający odrzucając ofertę protestującego naruszył art. 86 ust 1 pkt.2 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie, iż oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, co nie jest prawdą, gdyż wycena obejmuje koszt kompleksowego wykonania osuszenia murów i ścian piwnic, oraz ich zabezpieczenia przed dalszym zawilgoceniem przy zastosowaniu technologii opisanej w SIWZ i dokumentacji technicznej.

Stwierdzamy, że w cenie oferty na wykonanie robót polegających na osuszaniu murów piwnic (poz. kosztorysu ofertowego nr 19 i nr 20) ujęliśmy koszt kompleksowego wykonania osuszenia murów i ścian piwnic, oraz ich zabezpieczenia przed dalszym zawilgoceniem przy zastosowaniu technologii opisanej w SIWZ i dokumentacji technicznej tj. poprzez wykonanie izolacji poziomej i pionowej ścian metodą iniekcji krystalicznej na całej powierzchni ścian od wewnątrz budynku wraz z wykonaniem tynków wewnętrznych renowacyjnych piwnic przy zastosowaniu równoważnych materiałów renomowanej firmy Schomburg.

Powyższa technologia jest zgodna z wymaganiami zawartymi przez zamawiającego w SIWZ oraz w dokumentacji technicznej i została obliczona przez protestującego na podstawie kalkulacji własnej zgodnie z zapisami, które zamawiający zawarł w SIWZ i w załączonym przedmiarze robót. Metoda zapewnia skuteczność osuszenia i izolacji bez konieczności odkopywania ścian zewnętrznych i wykonania dodatkowych izolacji pionowych zewnętrznych ścian fundamentowych.

Jednocześnie stwierdzamy, że w związku z tym, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy i w związku z warunkami zawartymi w SIWZ, protestujący obliczył cenę na podstawie własnej kalkulacji w technologii zgodnej z, warunkami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, dokumentacji technicznej oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót.

Twierdzenie przez zamawiającego, że protestujący nie ujął w zaproponowanej technologii osuszenia ścian, dodatkowego wykonania hydroizolacji pionowej zewnętrznej ścian piwnic jest bezpodstawne, bowiem nie ma żadnego związku z ofertą protestującego.

[...]"

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 05.02.2010 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia podnosząc m.in.:

„[...]

Udzielając zamówienia w niniejszym postępowaniu, zamawiający oznaczył jeden z celów jako osuszenie ścian piwnic oraz zabezpieczenie ich przed ponownym zawilgoceniem. W związku z powyższym, w projekcie budowlanym sporządzonym przez MIASTOPROJEKT - Bydgoszcz, stanowiącym załącznik do siwą wskazano, iż jedną z metod jest iniekcja krystaliczna, która pozwala na osuszenie murów i zabezpieczenie ich przed kapilarnym podciąganiem wody. Jednocześnie projektant wskazał dwie technologie wykonania przedmiotowej metody;

1. Proponowana przez „TRANS-OL" ze Szczecina
2. Proponowana przez firmę „ECS Osuszanie budynków. Izolacje przeciwwilgociowe" z Chojnowa.

Metoda proponowana przez TRANS-OL pozwala na wykonanie przepony poziomej oraz osuszenie ścian piwnic, znajdujących się poniżej poziomu terenu od strony wewnętrznej (niezależnie od grubości murów). Ponadto „nasączenie" preparatem *STENIMREGNIERING CI* osuszanej ściany powoduje, że nie ma konieczności odkopywania murów i wykonywania zewnętrznej izolacji pionowej. Te szczególne właściwości rozwiązania przyjętego przez projektantów pozwalają na osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest osuszenie ścian piwnic oraz zabezpieczenie ich przed ponownym zawilgoceniem.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż zgodnie z postanowieniami PZP, stający do przetargu wykonawcy, mają prawo do zastosowania metody równoważnej pod warunkiem przedstawienia dokumentów uwiarygodniających zastosowaną metodę.

Protestujący przyjął według swojej oceny równoważne rozwiązanie dotyczące wykorzystania materiałów i technologii firmy SCHOMBURG.

W związku z powyższym zaproponowano wykonanie przepony poziomej, zabezpieczającej przed kapilarnym podciąganiem wody, przy użyciu preparatu AQUAFIN - F. Przy czym w instrukcji technicznej stwierdzono wyraźnie, że: „W przypadku narożników oraz murów o grubości ponad 60 cm, aplikacje preparatu zaleca się przeprowadzić z dwóch stron". Z uwagi na fakt, że ściany piwnic internatu mają grubości 104 cm i 78 cm, konieczne jest odkopanie ścian i wykonanie części iniekcji krystalicznej preparatem AQUAFIN - F od zewnątrz. W poz. 19. kosztorysu szczegółowego, załączonego do oferty, brak jest jednak wyceny tych robót.

Kolejne prace budowlane, opisane jako „osuszanie ścian piwnic - izolacja pionowa" (poz. 20. w kosztorysie szczegółowym budowlanym), firma GOBUD proponuje wykonać z zastosowaniem następujących materiałów firmy SCHOMBURG:

1. ESCO-FLUAT
2. ASOPLAST-MZ
3. THERMOPAL-GP11
4. THERMOPAL-SR44

Powyższe materiały służą do wykonywania tynków renowacyjnych. W wykazie materiałów (poz. 20. kosztorysu) brakuje jakiejkolwiek informacji o materiałach, które mogłyby służyć do wykonania izolacji pionowej ścian metodą iniekcji krystalicznej.

W związku z powyższym, Protestujący nie wykonał wszystkich ciężących na nim obowiązków, a więc nieprawidłowo określił cenę zamówienia, albowiem nie uwzględnił wartości wykonania izolacji pionowej metodą iniekcji krystalicznej na całej powierzchni ścian.

Ponadto materiały informacyjne i techniczne, znajdujące się w informatorze „SCHOMBURG INDUTEC - *Renowacja starego budownictwa Naprawa i zabezpieczenie elewacji.*” w sposób jednoznaczny podają, że należy wyeliminować przyczyny zawilgocenia elementów budowlanych. W naszym przypadku oznaczałoby to konieczność wykonania zewnętrznej izolacji pionowej przy zastosowaniu zapraw uszczelniających AQUAFIN-2K lub mas bitumicznych uszczelniających COMBIFLEX - C2 czy COMBIFLEX - C2/S.

W żadnym przypadku, nie można uznać, iż izolację pionową ścian piwnic mogą spełnić renowacyjne materiały mineralne ESCO-FLUAT, ASOPLAST - MZ, THERMOPAL - GP11 czy THERMOPAL - SR44 zastosowane wewnątrz budynku.

Wobec powyższego uznać należy, że Protestujący proponując zastosowanie innej metody wykonania zabezpieczenia przed kapilarnym podciąganiem wody oraz wykonania osuszenia ścian piwnic - izolacja pionowa, nie dopełnił obowiązku, wynikającego z ustawy PZP, dotyczącego uwiarygodnienia przyjętej przez siebie metody równoważnej.

Dopuszczenie do wykonania tych prac w ograniczonym zakresie (bez odkopywania budynku i wykonania zewnętrznej izolacji pionowej) może spowodować, że zamawiający nie osiągnie zamierzonego celu, jakim jest osuszenie ścian piwnic oraz zabezpieczenie ich przed ponownym zawilgoceniem.

[...]

ODWOŁANIE

W dniu 10.02.2010 r. Konsorcjum wniosło odwołanie od oddalenia jego protestu podtrzymując zarzuty i żądania protestu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]

Po pierwsze odwołujący posiada znaczne doświadczenie w wykonywaniu robot polegających na osuszaniu murów i ścian piwnic starych obiektów. Posługuje się metodą która łączy dwie rzeczy, skuteczność przeprowadzonych osuszeń z trwałym zabezpieczeniem obiektu przy

czym wykorzystuje powszechnie znane i dostępne materiały produkcji firmy Schomburg spełniające wszelkie wymogi i posiadające stosowne atesty. Po drugie metoda ta jest efektywna i ekonomiczna, bowiem nie jest droga nie wymaga znacznych nakładów robocizny, które znacznie podrażają cenę za te roboty.

Odwołujący stwierdza, że w zastosowana przez niego metoda jest metodą która jest całkowicie zgodna z określonym przez zamawiającego sposobem wykonania prac, co oznacza, iż na podstawie siwz innych dokumentów przetargowych odwołujący mógł tą metodę zawrzeć w swej ofercie jako odpowiadającą wymogom zamawiającego nie traktując jej jako rozwiązania równoważnego, bowiem zamawiający nie wykluczył i nie ograniczył stosowania metod osuszania murów piwnic do tych wskazanych przykładowo przez siebie. Należy wskazać, iż zamawiający dopiero w rozstrzygnięciu o oddaleniu protest określa swe stanowisko w ten sposób, jakby wskazane przez niego metody przykładowo miały charakter obowiązujący dla oferentów. Z takim stanowiskiem zgodzić się nie można, gdyż nie znajduje ono uzasadnienia w dokumentach na podstawie których wykonawcy mają konstruować swe oferty . Odwołujący wskazuje, iż przedstawiany przez niego sposób wykonywania prac przy zabezpieczeniu przed kapilarnym podciąganiem wody od dołu, ale będący w tym zakresie tą samą metoda jaką wskazał przykładowo zamawiający w podanych technologiach, jest w efekcie lepsza od metod wskazywanych przez zamawiającego opartych na tej samej technologii, bowiem zastosowanie w tym wypadku sposobu stosowanego przez odwołującego polegającego na dwustronnym nawierceniu otworów i wprowadzeniu do nich substancji krystalicznej jest dokładniejsze w wykonaniu niż przy zastosowaniu metod wskazywanych przez zamawiającego, czyli jednostronnego nawiercania, bowiem daje gwarancje penetracji muru na całej jego grubości. Jednakże stwierdzić należy, że w każdym z tych wypadków technologia jest taka sama i sprowadza się do wykonania odwiertów i wprowadzenia do nich substancji krystalizujących.

Zamawiający w opisie do projektu modernizacji Internatu Policealnej Szkoły Medycznej w Szczecinie w punkcie 5.1. dotyczącym izolacji i zabezpieczenia stwierdził, że w celu likwidacji podciągania kapilarnego w poziomie piwnic od wewnątrz wykonać izolację poziomą metodą iniekcji krystalicznej grawitacyjnej wg technologii firmy np. Trans L ze Szczecina lub ECS Osuszanie budynków, Izolacje przeciwwilgociowe. 59-225 Chojnów. Należy stwierdzić, iż jeżeli chodzi o te metody i metodę stosowaną przez odwołującego to opierają się one dokładnie na tej samej metodzie czyli na nawiercaniu otworów murze celem wprowadzenia do ich środka substancji chemicznych o takim samym działaniu. Odwołujący preferuje sprawdzony środek firmy Schomburg. Różnica sprowadza się do tego, że odwołujący chce wykonać takie same odwierty w murze ale dwustronnie, natomiast zamawiający wskazuje na możliwe dokonywanie nawiertów jednostronnych. Trudno jest tu mówić o innej technologii jest tu pewna różnica w

sposobie wykonania. Nie jest to zatem rozwiązanie równoważne, gdyż opiera się na takiej samej zasadzie jak metody wskazane przez zamawiającego powyżej wskazane.

Powyższe należy podsumować w ten sposób, iż oferta odwołującego odpowiada warunkom postawionym w przetargu przez zamawiającego, jest zgodna z dokumentacją zatem odpowiada oczekiwaniom zamawiającego i gwarantuje uzyskanie celu przez niego oczekiwanego. Należy dodać, iż wedle informacji uzyskanych przez odwołującego oferta o najniższej cenie firmy „CORLUX” sp. z o.o. też zawierała rozwiązanie podobne do rozwiązania odwołującego, jednak nie została odrzucona przez zamawiającego dlatego, że zamawiający zdyskwalifikował to rozwiązanie ale dlatego, że była pomyłka w zastosowanej stopie podatkowej.

Zamawiający wskazuje na to, że wykonawca nie dokonał wyceny wszystkich robót które muszą być wykonane przy przyjętej przez niego metodzie. Należy stwierdzić, iż nie jest to żaden argument przemawiający za odrzuceniem oferty wykonawcy. Wykonawca bowiem stwierdza, iż w cenie przez siebie skalkulowanej mieszczą się wszystkie roboty które ma do wykonania, związane z osuszaniem i izolacją piwnic. Należy w tym miejscu wskazać zapisy zawarte w SIWZ w punkcie 11 gdzie wyraźnie zamawiający pisze o cenie ryczałtowej jako obejmującej wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Dalej, że wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy szczegółowe które mają mają wyłącznie charakter informacyjny. Powyższe znajduje pełne potwierdzenie w wyjaśnieniach SIWZ sporządzonych przez zamawiającego w dniu 22.12.2009r. gdzie w odpowiedzi znajduje się zapis, iż oferta na kompleksowe wykonanie remontu budynku internatu jest oferta ryczałtowa, a kosztorysy w postaci szczegółowej są materiałem pomocniczym do oferty. Zatem nawet brak jakiegokolwiek skalkulowanej według zamawiającego pozycji w kosztorysach szczegółowych wykonawcy nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy.

Nadto wykonawca stwierdza, iż posiada pełne zabezpieczenie finansowe w sporządzonej kalkulacji kosztów robót dla pokrycia kosztów robót wskazywanych przez zamawiającego jako nie wliczonych w sporządzonym przez niego kosztorysie, bowiem kalkulacja obejmuje całość robót łącznie z wykopami, które stanowią część robót w pozycji kosztorysowej.

Zamawiający powołuje się na to, że wykonawca nie dopełnił obowiązku ustawowego co do uwiarygodnienia przyjętej przez siebie metody równoważnej. Można stwierdzić, iż argument ten został użyty tylko dla uzasadnienia swego rozstrzygnięcia. Należy przede wszystkim stwierdzić, iż nie można twierdzić, że metoda wykonawcy jest metodą równoważną. Bowiem w każdym wypadku metoda jako sposób postępowania przy osuszaniu ścian jest podobna przy wykonywaniu tego rodzaju prac, natomiast różnice występują w materiałach które dany wykonawca chce wykorzystać przy prowadzeniu takich prac. Znakomicie zdaje sobie z tego sprawę zamawiający który pisze w punkcie 11 SIWZ w punkcie opis sposobu obliczania ceny, że kosztorysy będą załącznikiem do umowy podpisanej z wybranym wykonawcą i będą

określały sposób wykonania i rodzaj materiałów, które będą użyte do realizacji zamówienia. To w zupełności zamawiającemu wystarczyło i tego wykonawca w całości dopełnił.

[...]"

B: KIO/UZP 260/10

PROTEST

W dniu 28.01.2010 r. Perfekt wniosła protest wobec odrzucenia jej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, domagając się przywrócenia jego oferty do postępowania i powtórzenia oceny ofert wraz z wyborem jej oferty jako najkorzystniejszej.

Protestujący zakwestionował twierdzenie zamawiającego, iż w złożonej ofercie miał miejsce błąd w obliczeniu ceny z uwagi zastosowanie stawki podatku VAT 7% zamiast dwóch stawek: 7% (w zakresie internatu) i 22% (w zakresie pozostałej części przedmiotu zamówienia).

W pierwszej kolejności protestujący podnosił, iż w świetle przebiegu postępowania, tzn. wyjaśnień zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia i jego klasyfikacji dla celów podatkowych należy stwierdzić, że zamówienie dotyczy internatu szkolnego, dla którego remontu bądź modernizacji należy stosować stawkę 7%.

Drugą linią argumentacji protestu było podnoszenie, iż to wykonawca jest podmiotem właściwym i odpowiedzialnym za przyjęcie stawki, wyliczenie i odprowadzenia stawki VAT, a zamawiający nie jest organem skarbowym aby prawidłowość działań wykonawcy w tym zakresie weryfikować, a niezależnie od przyjętej stawki podatku wykonawca i tak zawsze otrzyma niezmienną cenę brutto, która w przypadku niniejszego zamówienia jest ceną ryczałtową.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 05.02.2010 zamawiający ww. protest w całości oddalił podnosząc, że od samego początku postępowania w sposób prawidłowy i zupełny opisywał przedmiot zamówienia, z którego to opisu klarownie wynikało, iż objęte są nim również roboty wykonane w najbliższym otoczeniu budynku internatu, np. droga, chodnik, studnia, śmietnik... etc... Natomiast w świetle obowiązujących przepisów podatkowych nie ma żadnych wątpliwości, iż tylko roboty dotyczące budynku internatu podlegają opodatkowaniu stawką 7%, a do pozostałych należało zastosować stawkę 22%. Ponadto zamawiający w żadnym miejscu swz ani wyjaśnień dotyczących jej treści nie wskazał, iż tylko stawkę preferencyjną do całego przedmiotu zamówienia wykonawcy winni zastosować.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż błędne przyjęcie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego w ofercie poprawić na podstawie przepisów ustawy nie można, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W dniu 10.02.2010 Perfekt wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując jego wszystkie zarzuty i żądania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania (w sprawie 242/10) złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

A: KIO/UZP 242/10

Jednym z podstawowych celów zamówienia, którego osiągnięciu miały służyć m.in. opisane przez zamawiającego w dokumentacji technicznej oraz poz. 19 i 20 kosztorysu inwestorskiego rozwiązania, było osuszenie oraz zabezpieczenie przed ponownym zawilgoceniem ścian piwnic budynku internatu będącego przedmiotem prac remontowo-modernizacyjnych. Analogicznie w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego wykonawcy winni zaproponować rozwiązania, które powyższe zagwarantują.

Na podstawie treści oferty odwołującego oraz dotyczących jej wyjaśnień, a także w świetle stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, uwzględniając opinię techniczną sporządzoną na zlecenie zamawiającego, Izba stwierdziła, iż z treści oferty nie wynika, że zaoferowano rozwiązania zgodne z wymaganiami siwz i gwarantujące osiągnięcie zamierzonych efektów budowlanych, a tym samym ofertę należy uznać za niezgodną z treścią siwz i jako taką podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie nie jest dowodzenie równoważności określonych możliwych metod wykonania zamówienia. W rzeczywistości zamawiający nie kwestionuje (ani w ogólności, ani w przedmiotowym przypadku), iż dostępne na rynku metody osuszania i zabezpieczania przed ponownym zawilgoceniem ścian są nierównoważne do metod, które przykładowo wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie równoważności tego typu metod, wobec braku innych wymogów siwz w tym zakresie – mogłoby odbywać się jedynie poprzez porównanie skutków i rezultatów ich zastosowania. Przyjąć można, oczywiście wzruszalne, założenie, iż każda ze stosowanych na rynku metod jest w tym znaczeniu

równoważna, tzn. gwarantuje przez różne sposoby wykonania prac budowlanych oraz zastosowanie różnorodnych środków ten sam efekt w postaci osuszenia i zabezpieczenia przed ponownym zawilgoceniem ścian piwnic czy fundamentów. Warunkiem osiągnięcia ww. efektu jest jednak konsekwentne zastosowanie i przeprowadzenie wszystkich środków i czynności, które w ramach danej metody są przewidywane. W tym kontekście, w przypadku składania ofert wykonawcy zobowiązani są więc nie do przedstawienia i opisanie w kosztorysach ofertowych nie „metody” wykonania, ale opisanie samych robót i materiałów, które na metodę się składają i przez ich całościowe zastosowanie czy wykonanie gwarantują osiągnięcie zamierzonych celów. Ewentualnie, jako jedyną możliwość odstąpienia od opisu zespołu czynności i środków, które na daną metodę się składają czy raczej wręcz ją stanowią, rozważyć można wskazanie nazwy handlowej, znaku towarowego czy patentu, które w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości pozwolą odbiorcom powiązać i zidentyfikować, a tym samym zweryfikować roboty i materiały na daną metodę się składające.

W ofercie odwołującego informacji tego typu zabrakło. Wykonawca w kosztorysie ofertowym w poz. 19 i 20, a także w wyjaśnieniach dotyczących treści swojej oferty z dnia 13.01.2010 i 15.01.2010 r. (w których powołał się na zastosowanie tzw. metody firmy Schomburg) opisał i podał odpowiednio materiały i roboty, które nie mogą zostać uznane za wystarczające dla zabezpieczenia ścian piwnic modernizowanego budynku internatu przed ponownym zawilgoceniem – nie przewidziano robót i materiałów związanych zewnętrznym odkopaniem i zabezpieczeniem murów, które w przypadku „metod” wykonania zamówienia przewidywanych przez odwołującego są nieodzowne i konieczne dla realizacji ww. celów zamówienia. I w takim sensie opisany w ofercie zakres prac i materiałów nie spełnia wymagań zamawiającego.

Uwzględniono jako dowód w sprawie opinię techniczną sporządzoną na zlecenie zamawiającego przez inż. Zygmunta Wiśniewskiego, a za udowodnioną na jego podstawie uznano okoliczność, iż tzw. metoda Schomburg, na której zastosowanie powołuje się odwołujący wymaga dla osiągnięcia powyżej wskazanych założeń przeprowadzenia wykopów zewnętrznych oraz użycia odpowiednich środków zabezpieczających ściany od zewnątrz.

Jak już wyżej wskazano, oceniając kosztorys ofertowy załączony do oferty odwołującego oraz treść wyjaśnień dotyczących Izba stwierdziła, iż wśród przewidzianych czynności i opisywanych materiałów zabrakło wskazania niezbędnych prac i środków związanych z pełnym zabezpieczeniem trwałych efektów osuszenia ścian przy przewidywanej przez odwołującego metodzie osuszania i likwidacji podciągania kapilarnego.

Powyższych okoliczności, zdaje się nie kwestionować sam odwołujący, który co prawda początkowo w swoim proteście twierdził, iż oferowana przez niego „*metoda zapewnia skuteczność osuszenia i izolacji bez konieczności odkopywania ścian zewnętrznych i wykonania dodatkowych izolacji pionowych zewnętrznych ścian fundamentowych*”, jednakże wobec wyspecyfikowania konkretnych braków materiałów w rozstrzygnięciu protestu, zmienił

taktykę procesową oraz na rozprawie i w samym odwołaniu twierdził już, że w swojej ofercie również wykonanie zewnętrznych wykopów i zastosowanie odpowiednich środków przewidział, chociaż wprost tego w kosztorysie ofertowym nie wykazał (np. w odwołaniu: „*Różnica sprowadza się do tego, że odwołujący chce wykonać takie same odwierty w murze ale dwustronnie, natomiast zamawiający wskazuje na możliwe dokonywanie nawiertów jednostronnych*”).

Dla poparcie tezy, iż w powyższe roboty czy materiały w rzeczywistości przewidział i zaoferował w ogólnych pozycjach kosztorysowych, odwołujący powołał się na fakt kompleksowości proponowanej metody, która przy pominięciu niektórych jej elementów jest rzeczywiście nieskuteczna oraz na fakt, iż pominięcie tego typu elementów w kosztorysie ofertowym czy wyjaśnieniach dotyczących zawartości oferty nie powinno skutkować wyciąganiem wniosków, iż jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią siwz – składał ofertę w której zobowiązał się do realizacji zamówienia w sposób zgodny z dokumentacją projektowo-techniczną, w tym także, co do osiągnięcia efektów w niej zakładanych. Ponadto wskazał, iż sam kosztorys nie powinien być brany przy ocenie powyższego pod uwagę ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia w ramach niniejszego zamówienia i związaną z tym pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych.

Tym samym za potwierdzoną i właściwie bezsporną pomiędzy stronami uznano okoliczność, iż bezpośrednio w treści kosztorysu ofertowego czy składanych następnie wyjaśnieniach wykonawcy zabrakło opisanie wszystkich czynności i materiałów, które jak deklaruje odwołujący w rzeczywistości w ramach swojej oferty zamierzał wykonać i zaoferować w celu pełnego i zgodnego z siwz wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla tu, że nie ma żadnej innej, „domniemanej”, „rzeczywistej” etc... treści oferty, niż ta która została wyrażona w formie pisemnej i złożona zamawiającemu, a w której zawarto wymagany siwz opis oferowanego świadczenia. Ponadto zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji zgodności treści oferty z wymaganiami siwz na podstawie wszystkich danych, których przedłożenia i podania wymagał i które winny znaleźć się w wyrażonej na piśmie treści oferty. Nie można domniemywać zgodności i zupełności oferty w zakresie szczegółowych technicznych rozwiązań, które nie zostały, a mogły i powinny zostać opisane w treści oferty, jedynie na podstawie ogólnych deklaracji wykonawcy, że składa ofertę zgodną z siwz i spełni wszelkie wymagania zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Izba przyznaje rację twierdzeniom zamawiającego, iż samo posłużenie się pojęciem „metoda Schomburg”, które odnosi się do pewnego konglomeratu rozwiązań i materiałów, które oferuje dany producent, nie przesądza dokładnie o zakresie prac jakie w ramach danego przypadku mają zostać wykonane czy materiałów, które dokładnie z palety producenta zostaną użyte.

Tym samym w treści oferty odwołującego zabrakło istotnych elementów pozwalających zamawiającemu ocenić pełny, rzeczywisty (wyrażony w treści oferty) zakres zobowiązania wykonawcy i zgodność oferowanych w ramach poz. 19 i 20 kosztorysu ofertowego rozwiązań z treścią siwz.

Odnosząc się do argumentu odwołującego dotyczącego pomocniczego charakteru kosztorysu oferowanego w związku z obejmowaniem przez cenę ryczałtową całości oferowanego zakresu robót, Izba wskazuje, iż takie stanowisko jest zasadne w odniesieniu do samej kwestii wyliczenia ceny, której ryczałtowy charakter istotnie przesądza o objęciu wynagrodzeniem wszelkich, nawet nie wskazanych prac koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia, tzn. gdy kosztorys ofertowy nie ma w danym przypadku innego znaczenia niż materiał pomocniczy w kalkulacji cenowej. Zakres wycenienia nie przesądza jednak o zgodności i zupełności zaoferowanych rozwiązań. Ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie i potwierdzała zgodność z wymaganiami siwz. Tymczasem zgodnie z pkt. 11 siwz, w przedmiotowym postępowaniu, szczegółowe kosztorysy ofertowe, jakkolwiek pomocnicze dla wyliczenia ceny, są częścią umowy w sprawie zamówienia i stanowią określenie sposobu realizacji zamówienia oraz rodzaju materiałów używanych przez wykonawcę. Tym samym kosztorysy i dane w nich zawarte stanowią istotną część oferty, określającą zobowiązania wykonawcy w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia, która w przypadku odwołującego została sporządzona w sposób niezgodny z siwz.

W związku z powyższym Izba potwierdza prawidłowość odrzucenia oferty Konsorcjum GOBUD, oddalając zarzuty odwołania w tym przedmiocie.

KIO/UZP 260/10

Izba potwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który stanowi, że odrzuca się ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego w związku z przyjętą w ofercie stawką podatku od towarów i usług.

Izba bynajmniej nie ustalała jaki jest rzeczywisty zakres przedmiotu, którego niniejsze zamówienie dotyczy, ani nie rozstrzygała, jaką stawkę/stawki podatku od towarów i usług należałoby w tym przypadku zastosować oraz przyjąć w ofercie w świetle obowiązujących przepisów podatkowych, z uwagi na fakt, iż jest to zbędne dla orzekania w przedmiocie prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Izba podnosi i stwierdza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, który stanowi o odrzucaniu ofert zawierających błędy w obliczaniu ceny nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę nieprawidłowej w świetle przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) stawki VAT. Tym samym brak jest w ustawie normy stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z ww. powodu.

Wobec braku przepisu, który dosłownie w hipotezie przesłanki odrzucenia oferty odsyłałby do niewłaściwych stawek podatkowych, wskazać należy, że również pogląd przeciwny (dominujący zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym i arbitrażowym dot. zamówień publicznych) zasadza się na mniej lub bardziej uprawnionej wykładni powołanego przepisu, opierając się, przeważnie w sposób dorozumiany, na utożsamieniu pojęcia błędu (tu: błędu w obliczeniu ceny) z niezgodnym z prawem naliczeniem VAT przez płatnika podatku. Wobec wspomnianego braku dosłownego odesłania tego typu zawartego w normie prawnej, przyjęcie interpretacji odmiennej nie może zostać jednoznacznie zakwalifikowane jako działanie *contra legem*. Niejako „samonarzucająca się” subsumpcja rzeczywistości do normy w tym zakresie wcale nie zachodzi, a w ocenie Izby jest raczej wynikiem pewnej wywodzącej się jeszcze z czasów stosowania nieobowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773 ze zm.), tradycji orzeczniczej nie uwzględniającej kolejnych zmian legislacyjnych w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 87 i 88 Pzp, niż uwzględniającym kontekst legislacyjny i kierunek dokonywanych zmian w przepisach, interpretowaniem prawa.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż jest to utożsamienie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką VAT jest utożsamieniem nieuprawnionym. W jego ocenie błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń... etc...), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki VAT, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie).

W ocenie Izby nie ma dostatecznych argumentów, aby poprzez tego typu interpretację przepisu nakładać *de facto* na zamawiającego, niejednokrotnie przekraczające jego możliwości i kompetencje, obowiązki przypisane dla aparatu skarbowego państwa. Zamawiający nie jest i nie powinien być traktowany jako organ podatkowy weryfikującym wysokość zobowiązań podatkowych wykonawców.

Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 Pzp). Przepisy Kodeksu cywilnego sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano nie przewidują, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych.

Ponadto zawsze, niezależnie od zastosowanej przez wykonawcę w ofercie stawki VAT w trakcie oceny ofert porównywana jest cena brutto, którą następnie zamawiający zapłaci i która niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym pozostanie niezmieniona w całym okresie realizacji zamówienia, a czynność cywilnoprawna nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona w tym zakresie nie jest dotknięta sankcją nieważności.

Następnie Izba wskazuje na nie dające się pogodzić z postulatem racjonalności i spójności systemu prawnego państwa konsekwencje przyjęcia zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy do błędów w obliczeniu podatku VAT, które pociągałoby za sobą konieczność rozstrzygnięcia przez zamawiającego np. o prawidłowości zastosowanej stawki VAT, nawet gdy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponują i powołują się na sprzeczne interpretacje właściwych i kompetentnych w sprawie organów podatkowych (w praktyce obrotu nie są to wcale sytuacje rzadkie).

Zamawiający nie jest adresatem dyspozycji art. 14b § 2 Ordynacji podatkowej i nie jest związany stanowiskiem zawartym w indywidualnej interpretacji podatkowej, o której mowa w art. 14a i n. ww. ustawy. Tym samym, gdy naliczanie podatku VAT zostanie uznane za „podpadające” pod hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, konsekwentnie, biorąc pod uwagę, iż w identycznym stanie faktycznym dwie różne stawki VAT nie mogą być jednocześnie uznane za prawidłowe, to nawet w przypadku gdy konkurujący o zamówienie wykonawcy dysponują korzystnymi dla siebie, a wzajemnie sprzecznymi indywidualnymi interpretacjami podatkowymi, zamawiający jako związany przepisami ustawy będzie musiał zdecydować, która oferta podlega w tym zakresie odrzuceniu. Paradoksalnie, wykonawca uzyskując interpretację podatkową i przygotowując w dobrej wierze zgodną z nią ofertę, czyli będąc zabezpieczonym przed negatywnymi konsekwencjami zastosowania przyjmowanych i rozliczanych przez niego stawek podatkowych w zakresie ewentualnych domiarów podatkowych i odpowiedzialności karnoskarbowej (art. 14c Ordynacji podatkowej), nie miałby żadnych gwarancji co do ewentualnego braku odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Indywidualne interpretacje podatkowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia w takim przypadku mogą stanowić jedynie wskazówkę, co do sposobu interpretacji i stosowania adekwatnych w danej sprawie przepisów, a ich

rozstrzygnięcia i uzasadnienia oddziaływać na zamawiających jedynie poprzez zawartą tam argumentację i autorytet organów podatkowych, które je wydają.

Konsekwentnie, zgodnie z zasadami logiki, w powyższym akapicie, pod termin „zamawiający” można w sposób prawidłowy podstawić „Krajowa Izba Odwoławcza” lub „sąd okręgowy” orzekający w sprawie odrzucenia/zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby główną niekonsekwencją, czy wręcz błędem, występującym często w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydawanych w sprawie prawidłowości stawek VAT w ofertach odrzuconych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest sprowadzanie kwestii właściwej stawki podatku do spraw dowodowych, co w zamyśle orzekających ma uzasadniać nieorzecanie o powyższym w sytuacji gdy dwaj wykonawcy, których oferty zawierają stawki różne przedstawiają w trakcie postępowania odwoławczo-skargowego dwie sprzeczne indywidualne interpretacje podatkowe wydane przez właściwe organy skarbowe potwierdzające prawidłowość stawek przez nich zastosowanych. W takich wypadkach – pomimo generalnie prezentowanego stanowiska, iż art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy znajduje zastosowanie do niezgodnego z prawem VAT – stwierdza się np., iż żadna ze stron nie udowodniła jaka stawka podatku VAT jest prawidłowa i tym samym pozostawia w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty sprzeczne lub z powołaniem na zasadę rozkładu ciężaru dowodu, oddala się odwołanie.

Powyższe jest nie do pogodzenia z logicznymi konsekwencjami wynikającymi z: (1) przyjętego rozumienia normy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy; (2) z zasady, że nie ma dwóch różnych i jednocześnie prawidłowych stawek VAT w odniesieniu do jednego przedmiotu opodatkowania; (3) oraz że prawidłowości stosowania przepisów prawa się „nie dowodzi”.

Stawka podatku VAT nie wynika z jakichkolwiek decyzji organów podatkowych, które w tym przedmiocie konstytutywne nie są, ale z adekwatnych, ustanawiających ją przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. W takiej sytuacji twierdzenie o dowodzeniu prawidłowości stawki podatku VAT przez przedłożenie stosownej interpretacji indywidualnej lub decyzji ustalającej domiar podatku w podobnej sprawie może być uznane jedynie za skrót myślowy. Przedmiotem dowodzenia w procesie wyrokowania mogą być jedynie okoliczności faktyczne, od których wystąpienia zależy zastosowanie właściwych norm prawnych. W przypadku gdy okoliczności faktyczne sprawy zostały ustalone i są jasne, obowiązkiem organu stosującego prawo jest dostosowanie odpowiedniej normy prawnej do danego stanu faktycznego w myśl zasady *iura novit curia*. Orzeczenia innych organów stosujących prawo mogą stanowić tu wskazówkę i wytyczną, co do sposobu interpretacji i stosowania prawa, nie stanowią jednak żadnych „dowodów” tego jaka norma prawna w danej sytuacji znajduje zastosowanie. Ujmując lapidarnie rzecz wskazaną na wstępie akapitu: stawka podatku to norma prawna.

Jedynym sposobem uniknięcia negatywnych konsekwencji dla pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej wynikających z podważania przez zamawiających oraz Krajową Izbę Odwoławczą czy sądy okręgowe orzekające w sprawach prawidłowości czynności zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz masowo popełnianych w trakcie oceny ofert przez zamawiających błędów w przedmiocie identyfikacji właściwej stawki VAT (zwłaszcza przy złożonych przedmiotach zamówienia), jest przyjęcie, iż norma art 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma w tych przypadkach zastosowania.

Izba podkreśla raz jeszcze: w przypadku przyjęcia, że przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się również do podatku VAT, przy założeniu, że nie ma dwóch różnych i jednocześnie prawidłowych stawek podatkowych, odrzuceniu podlegały będą również oferty wykonawców posiadających indywidualne interpretacje podatkowe (a więc przekonanych o prawidłowości stosowania adekwatny przepisów, których zastosowanie odmienne rodziłoby dla nich negatywne konsekwencje skarbowe), a także oferty wykonawców, którzy przewidzieli stawki wyższe niż prawidłowe, chociażby ceny ich ofert pozostawały najkorzystniejsze, a ich podatkowe błędy były niewielkie.

Izba wskazuje, iż nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania jest równoważne z koniecznością unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz dokonaniem ponownej oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem jego oferty. W żadnym razie nie oznacza jednak konieczności wyboru jego oferty, w przypadku gdy w wyniku powtórzonych czynności przywrócone do postępowania zostaną oferty korzystniejsze, albo zajdą przesłanki unieważnienia postępowania, tudzież zamawiający stwierdzi zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie innych okoliczności faktycznych niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowań odwoławczych na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Odpowiednio uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocników zamawiającego w sprawie 242/10 oraz odwołującego w sprawie 260/10, w wysokości po 3 600,00 zł w obu przypadkach na podstawie faktur złożonych do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*