

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o. ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław**

protestu z dnia 10 kwietnia 2009 r.

przy udziale **PBH ARKOP K. Pianowski i S-ka Sp. Jawna ul. Jerzmanowska 18, 54-530 Wrocław** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o. ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o. ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław** na rzecz **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDIMEX DROMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla zadania „utworzenie Regionalnego Centrum Turystyki Biznesowej we Wrocławiu”, znak postępowania: ZP/PN/2/2009/DIR, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 lutego 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 25-035985. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 45.001.864,27 zł, tj. 11.607.094,00 euro.

2 kwietnia 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez PBH ARKOP

K. Pianowski i S-ka Sp. Jawna, zwaną dalej Przystępującym. Oferta Odwołującego w rankingu ofert zajęła pozycję 2.

Na tę decyzję 10 kwietnia 2009 r. Odwołujący złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo iż podlega on wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV ust. 2 pkt b) drugi myślnik specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz poprzez niewykluczenie go,

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny oraz poprzez nieodrzućenie takiej oferty,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie oferentów podczas oceny złożonych przez nich ofert domagając się:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenia czynności oceny ofert,

3. wykluczenia Przystępującego jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,

4. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 3 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz

5. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty założonej przez Odwołującego.

Odwołujący swoje zarzuty i żądania uzasadnił w następujący sposób.

Po pierwsze, w dziale IV pkt 2 ppkt b) drugi myślnik specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem

technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w tym dysponują lub będą dysponować m.in. kierownikiem robót branży sanitarnej posiadającym uprawnienia w specjalności instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Przystępujący w załączniku nr 4 do oferty „Wykaz osób którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonywania zamówienia” jako kierownika robót branży sanitarnej wskazał pana Wojciecha C. na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przedstawiając decyzję nr 35/93/UW z 29 stycznia 1993 r. nadającą uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji sanitarnych, uprawniającą pana Wojciecha C. *do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji sanitarnych obejmujących instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłe, gazowe i wentylacyjno-klimatyzacyjne* oraz decyzję 399/77/Wwm z 16 grudnia 1977 r. nadającą uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci sanitarnych, uprawniającą *do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych uzbrojenia terenu – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.*

Z decyzji tych wynika, iż uprawnienia w zakresie sieci sanitarnych nie obejmują sieci sanitarnych cieplnych, a więc Przystępujący nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po drugie, zgodnie z pkt. 2 działu XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający zobowiązał oferentów do określenia ceny w kwotach netto i brutto z wyodrębnieniem

VAT. Natomiast cena przedstawiona przez oferentów w „Formularzu ofertowym” miała być wyliczona przez nich zgodnie z obowiązującymi przepisami na dzień składania ofert i zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług i podatku akcyzowym. Zamawiający zapowiedział też, iż błędnie określonej stawki VAT nie uzna za omyłkę rachunkową, lecz błąd w obliczeniu ceny.

Tymczasem Przystępujący w punkcie 1.1. „Formularza ofertowego” zaoferował *wykonanie całości prac za cenę ryczałtową ogółem netto: 48.181.000,00 zł w tym 50.000,00 zł pielęgnacja zieleni słownie: (...) powiększonej o podatek VAT 22% tj. 10.588.820,00 zł oraz 7% tj. 3.500,00 zł co stanowi cenę ryczałtową ogółem brutto 58.773.320,00 zł. słownie: (...)*”

Przystępujący wyodrębnił więc z przedmiotu zamówienia „pielęgnację zieleni” na kwotę 50.000,00 zł netto oraz określił dla niej stawkę VAT w wysokości 7%. Zdaniem Odwołującego jednak brak jest podstaw do zastosowania 7% stawki VAT w zakresie części przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym w niniejszym przypadku do całości przedmiotu zamówienia powinna być zastosowana 22% stawka VAT, bowiem przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót ogólnobudowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie budynku Pawilonu Restauracyjnego przy Hali Stulecia, tj. kompleksowa usługa obejmująca m.in. wyburzenia, roboty ziemne, fundamenty, dach, zagospodarowanie terenu (w tym: wycinkę i nasadzenia drzew i krzewów, trawniki, schody tarasowe, murki oporowe, punkt widokowy), roboty drogowe, wodno – kanalizacyjne itd. Oznacza to, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem wyłącznie kompleksowej usługi od jednego podmiotu w celu wykonania całości inwestycji.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawą opodatkowania jest obrót. Obrotem zaś jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy. Tak więc podstawą opodatkowania jest całość świadczenia należnego od nabywcy pomniejszona o kwotę należnego podatku, zatem niedopuszczalne jest rozbijanie kwoty

należnej od całości świadczenia na poszczególne jego składniki, wyłącznie w celu zastosowania korzystniejszej stawki VAT.

Samo umiejscowienie „usług zielonych” w opisie przedmiaru robót (CDI 563-10-2008) dotyczącym zagospodarowania terenu, łącznie z montażem kosza na śmieci, stojaka na rowery, wykonaniem schodów tarasowych, murków oporowych, punktu widokowego itp. wskazuje bezsprzecznie, że mamy do czynienia z usługą kompleksową (świadczeniami powiązаныmi tak ściśle, że w aspekcie gospodarczym tworzą jedną całość), a wydzielenie z niej części robót w celu zastosowania obniżonej stawki VAT, ma charakter sztuczny i stoi w ewidentnej sprzeczności z przepisami.

Powyższe potwierdzają liczne wyroki Sądów Administracyjnych, orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz indywidualne interpretacje prawa, w tym orzeczenie ETS z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financien, w którym ETS orzekł, że ujednoliconą podstawę wymiaru podatku należy interpretować w ten sposób, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta (rozumianego jako konsumenta przeciętnego) są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to świadczenia te lub czynności stanowią jednolite świadczenie opodatkowane podatkiem od wartości dodanej.

Dlatego oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, a obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie przedmiotowej oferty, zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po trzecie, Zamawiający naruszył też art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty oferenta podlegającego wykluczeniu oraz którego oferta podlega odrzuceniu.

24 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o oddaleniu protestu, stwierdzając, iż:

1. pan Wojciech C. posiada stosowne uprawnienia, zgodnie z decyzją z 16 grudnia 1977 r. stwierdzającą przygotowanie do pełnienia

samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych wydaną na podstawie § 5 ust. 2, § 7 i § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a tego rozporządzenia sieci sanitarne w rozumieniu tego przepisu obejmują sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłne uzbrojenia terenu. Dlatego Przystępujący spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu, a zarzut w tym punkcie podlega oddaleniu.

2. W przedmiotowej sprawie istnieją wątpliwości interpretacyjne co do tego jaką stawkę VAT w zakresie pielęgnacji zieleni należało zastosować. Przystępujący i Odwołujący przedstawiają w tym zakresie odmienne stanowisko. Jako że ciężar udowodnienia podstaw odrzucenia oferty, zgodnie z art. 6 kc, spoczywałby na Zamawiającym, który, wiedząc o rozbieżnościach interpretacyjnych i nie mając oficjalnej interpretacji podatkowej, nie mógł dokonać odrzucenia żadnej z ofert, a w konsekwencji stawkę VAT zastosowaną przez Przystępującego uznał za właściwą. Ponieważ zaś Odwołujący nie wykazał właściwym dowodem – interpretacją podatkową – że oferta Przystępującego zawierała błędną stawkę VAT, złożony przez niego protest należało oddalić.

3. Ponieważ Zamawiający nie uznał za zasadne zarzutów co do podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty, nie można się też zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, co do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie oferentów.

30 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 4 maja 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 24 ust. 4, art. 44, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających”, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż zawiera

błąd w obliczeniu ceny, a w efekcie – dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W związku z tym wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie ponownej oceny ofert, wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W odwołaniu Odwołujący powtórzył zarzuty ustosunkowując się do nowych argumentów.

Zdaniem Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, pan C. nie posiada odpowiednich uprawnień budowlanych. Uprawnienia budowlane potwierdzone decyzją z 16 grudnia 1977 r. nie obejmują sieci cieplnych. Prawdą jest, iż zakres przyznanych uprawnień budowlanych należy oceniać przez pryzmat przepisów prawa obowiązujących w dacie nadania stosownych uprawnień, jednak przepisy obowiązujące w tamtym czasie wskazywały, iż uprawnienia przyznaje się w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych, które obejmują sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu. Organ nadający uprawnienia określał zakres, w jakim nadawane były uprawnienia konkretnej osobie. W przypadku pana C. uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej zostały ograniczone wyłącznie do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, a więc z samej redakcji przepisu rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska nie wynika, iż nadanie uprawnień w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych wiązało się automatycznie z objęciem zakresem uprawnień wszystkich sieci wymienionych w tym przepisie.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędnej stawki VAT Odwołujący dodał, iż zgodnie z § 3 projektu umowy ostateczne rozliczenia z wykonawcą odbędą się po dokonaniu odbioru końcowego, który powinien przypaść na 14 dni

przed upływem terminu realizacji wyznaczonym na 31 marca 2010 r. W międzyczasie dokonywane będą płatności częściowe w oparciu o protokoły częściowego odbioru robót. Tym samym Zamawiający nie będzie wypłacał wykonawcy żadnych środków pieniężnych po dokonaniu odbioru końcowego z tytułu wykonywanych przez wykonawcę czynności związanych z pielęgnacją zieleni. Całość wynagrodzenia zostanie wypłacona z chwilą ukończenia inwestycji budowlanej i jej pozytywnego odbioru końcowego (§ 3 ust. 3 umowy). Również ta okoliczność przemawia więc za tym, że nie mamy do czynienia z odrębnymi usługami w zakresie pielęgnacji zieleni wykonywanymi po zakończeniu robót budowlanych, a jedynie z usługą wchodzącą w zakres robót budowlanych (i realizowaną po zakończeniu prac związanych z rozbudową pawilonu, a więc jeszcze w toku realizacji zamówienia), co uniemożliwia jej wydzielenie i odrębne opodatkowanie.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz do odwołania przystąpił Przystępujący przedstawiając następujące argumenty.

1. z treści decyzji nr 399/77/Wwm z 16 grudnia 1977 r. wynika, iż pan C. posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności techniczno – budowlanej: instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych obejmującej sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłe uzbrojenia terenu. Takie stanowisko prezentuje również Polska Izba Inżynierów Budownictwa, która w kwestii zakresu uprawnień budowlanych wielokrotnie prezentowała swoje stanowisko wskazując, iż należy je oceniać indywidualnie uwzględniając przepisy, jakie obowiązywały w dniu uzyskania decyzji. Nieuprawnione jest twierdzenie, że uprawnienia pana C. mają charakter ograniczony, które to określenie pojawia się dopiero w rozporządzeniu z roku 1994. Poza tym przedmiot zamówienia w tym postępowaniu nie obejmuje sieci ciepłych. Zgodnie z działem II pkt 17 a, b, c specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 1 pkt 17 d, e, f Zamawiający określił sieci jako „sieci wodociągowo – kanalizacyjne: sieć wody, kanalizacja sanitarna

i technologiczna, kanalizacja deszczowa”, a na ten zakres pan C. uprawnienia posiada.

2. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, w tym również prac związanych z zagospodarowaniem terenu. Przystępujący, wyceniając przedmiar robót CDI 563-10-2008 dotyczący zagospodarowania terenu, doliczył należny VAT w wysokości 22%. Natomiast Zamawiający ponadto wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje dodatkowo usługi pielęgnacji zieleni, które będą realizowane zgodnie z wytycznymi inwestora po odbiorze końcowym obiektu przez okres 3 lat w okresie rękojmi. Wynika to z opisu na str. 15 projektu zagospodarowania terenu II.D.4.7. oraz odpowiedzi na pytania wykonawców nr XXIII pkt 11 i XXVI pkt II. Jest to usługa polegająca na podlewaniu, nawożeniu, przycinaniu, formowaniu krzewów, usuwaniu kwiatostanów, odchwaszczaniu i oprysku. Usługa pielęgnacji zieleni nie stanowi robót budowlanych i usług towarzyszących jej realizacji, lecz jest usługą wyodrębnioną, wykonywaną dopiero po dokonaniu odbioru końcowego, a więc objętą stawką 7%. Nie stanowi żadnego argumentu przeciw powyższemu to, iż we wzorze formularza oferty Zamawiający nie rozróżnił stawek VAT. Natomiast przywołane fragmenty wyroków i interpretacji nie odnoszą się do niniejszego stanu faktycznego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego uprawnień pana Wojciecha C. Izba uznała, iż zarzut braku uprawnień dotyczących sieci ciepłych potwierdził się. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 ppkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem robót w branży sanitarnej posiadającym uprawnienia w specjalności instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Zamawiający użył więc określenia specjalności zastosowanej w art. 14 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 1994 r., Nr 89, poz. 414 z późn. zm.) oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 83, poz. 578). Zgodnie z § 23 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci i instalacje ciepłe, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne, z doбором właściwych urządzeń w projekcie budowlanym oraz ich instalowaniem w procesie budowy lub remontu. Natomiast uprawnienia budowlane w tej specjalności w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania, z doбором właściwych urządzeń, lub kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu instalacji wraz z przyłączami i instalowaniem tych urządzeń dla obiektów budowlanych o kubaturze do 1 000 m<sup>3</sup>.

Zatem bezsporne jest, iż uprawnienia te, w pojęciu ustawowym, obejmują również sieci ciepłe. A ponieważ Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, wprost zastosował nazwę i jej zakres zawarty w ustawie Prawo budowlane, w taki sposób należy rozumieć sformułowany przez niego warunek. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył wymagania posiadanych uprawnień, np. poprzez wyłączenie spornych sieci cieplnych, niezależnie od tego, czy miały być one wykonywane, czy nie. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż, z punktu widzenia procedury udzielania zamówienia publicznego, czym innym jest przedmiot zamówienia, który będzie wykonywany dopiero po zawarciu umowy, a czym innym warunek udziału w postępowaniu, którego spełnieniem wykonawcy mają się wykazać na etapie samej procedury udzielania zamówienia. Ponieważ postawiony warunek nie został oprotestowany w stosownym czasie, jest on na obecnym etapie postępowania wiążący.

Z przedstawionych decyzji nr 399/77/Wwm z 16 grudnia 1977 r. oraz nr 35/93/UW z 29 stycznia 1993 r. wynika jednoznacznie, iż pan Wojciech C. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych (decyzja z 1977 r.) oraz instalacji sanitarnych (decyzja z 1993 r.). Obie decyzje zostały wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a tego rozporządzenia (w brzmieniu sprzed zmiany w 1988 r.) stanowił, iż specjalność instalacyjno – inżynierską w zakresie sieci sanitarnych obejmuje sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu (w roku 1988 dodano także sieci gazowe). Tak więc już w momencie wydawania decyzji z 1977 r. zakres uprawnień dotyczących instalacji sanitarnych obejmował sieci ciepłe. Jednak w spornej decyzji nr 399/77/Wwm organ wydający określił, iż „obywatel(ka) mgr inż. Wojciech C. upoważniony(a) jest do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów sieci oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych uzbrojenia terenu – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych”. Tak więc, pomimo iż obowiązujące w chwili wydania decyzji przepisy przewidywały taką opcję, z treści decyzji nr 399/77/Wwm wynika jednoznacznie, iż w tym konkretnym przypadku organ nie nadał uprawnień w zakresie sieci ciepłych.

Jeżeli decyzja nadaje inne uprawnienia, niż wynikałoby to bezpośrednio z jej treści, Przystępujący powinien przedstawić interpretację wyjaśniającą jej treść, wydaną przez okręgową komisję kwalifikacyjną właściwej miejscowo okręgowej izby inżynierów budownictwa w trybie art. 113 § 2 kpa. Prawomocne postanowienia wydawane przez okręgowe komisje kwalifikacyjne, jako integralna część decyzji, są wiążące dla wszystkich organów orzekających w sprawach indywidualnych.

Jednak, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy, który nie

złożył wymaganych dokumentów lub który złożył dokumenty zawierające błędy, bez wezwania go do ich uzupełnienia. Dokumenty te powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W niniejszym przypadku istnieje zarówno możliwość, iż Przystępujący wykaże spełnianie postawionego warunku na dzień składania ofert, jak też, że go nie wykaże, zatem sytuacja ta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, toteż, zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu błędnie naliczonej stawki VAT Izba stwierdziła, iż, Zamawiający zakresem zamówienia objął nie tylko roboty budowlane, lecz także pielęgnację zieleni przez okres 3 lat. Potwierdzają to wyraźnie odpowiedzi nr XXIII pyt. 11: „Pielęgnacja zieleni – w PZT jest określona na 3 lata, a jej zakres obejmuje m.in. również podlewanie. Czy okres pielęgnacji w takim szerokim zakresie należy wliczyć do wartości oferty?” Odp.: „Pielęgnacja zieleni – należy wliczyć do wartości oferty pełen zakres pielęgnacji.” oraz nr XXVI pyt. II: „Czy w zakres zadania wchodzi 3-letnia pielęgnacja przez okres 3 lat nasadzeń drzew, krzewów, bylin i traw (zapis w projekcie zagospodarowania terenu – pkt II.D.4.7)? Czy należy uzupełnić przedmiar? Odp.: „Tak, wchodzi w zakres zadania, należy uzupełnić przedmiar.” Przy tym, zgodnie z rozdziałem III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, termin wykonania zamówienia został ustalony na 31 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wielokrotnie podkreślała, iż nie jest organem uprawnionym do samodzielnego dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego. Zgodnie z art. 14 b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa interpretacje takie może wydawać Minister Finansów, który swoje uprawnienia scedował na wybrane Izby Skarbowe.

Krajowa Izba Odwoławcza kieruje się więc dowodami przedstawionymi przez Strony, z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 6 kc. A zatem w niniejszym postępowaniu to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia swojego twierdzenia, iż Przystępujący zastosował nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług. Tymczasem ani wraz

z odwołaniem, ani w trakcie rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska, na którym Izba mogłaby się oprzeć. Przytoczone orzecznictwo i interpretacje Izb Skarbowych można potraktować wyłącznie jako stanowisko Strony, a dodatkowo – nawet przytoczone fragmenty nie odpowiadają wprost stanowi faktycznemu w niniejszej sprawie. Spornym pod względem podatkowym zakresem świadczenia jest pielęgnacja terenów przez okres 3 lat, a więc częściowo już po wykonaniu robót budowlanych, których zakończenie zostało przewidziane na 31 marca 2010 r., a więc, które mają trwać tylko kilka miesięcy. Zatem zamówienie obejmuje ponad 2-letni okres po zakończeniu robót budowlanych, w trakcie którego wykonawca będzie musiał świadczyć usługę pielęgnacji. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, iż pielęgnacja zieleni w tym okresie jest z zamawianymi robotami budowlanymi „tak ściśle związana, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter” (stanowisko ETS i WSA w Bydgoszczy). Natomiast interpretacje dyrektorów Izb Skarbowych dotyczą zasadniczo samego zakładania zieleni i zagospodarowywania terenów zielonych wchodzących w skład zadań budowlanych, a nie ich dalszego utrzymania.

Również sama przewidziana chwila dokonywania rozliczeń pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym nie przesądza o stawce VAT – płatność „z góry” lub „z dołu” nie wpływa na wymiar podatku. O wysokości stawki VAT nie decyduje także sposób przygotowania przez Zamawiającego formularza oferty.

Zatem Izba w tym wypadku nie mogła uwzględnić zarzutu Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania na podstawie przedstawionego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....