

WYROK

z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński Olsza 3, 88-300 Mogilno i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. Marcinkowo 26, 88-100 Inowrocław

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Topólka Topólka 22, 87-875 Topólka

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński Olsza 3, 88-300 Mogilno i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. Marcinkowo 26, 88-100 Inowrocław z postępowania, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński**

Olsza 3, 88-300 Mogilno i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. Marcinkowo 26, 88-100 Inowrocław,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Topólka Topólka 22, 87-875 Topólka i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński Olsza 3, 88-300 Mogilno i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. Marcinkowo 26, 88-100 Inowrocław tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Topólka Topólka 22, 87-875 Topólka na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński Olsza 3, 88-300 Mogilno i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. Marcinkowo 26, 88-100 Inowrocław kwotę 13 846 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset czterdzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 we Włocławku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Topólka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę dróg gminnych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 122254-2012, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

22 maja 2012 r. odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Marek Smorczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych Marek Smorczyński i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Mel-Bud” Sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny postępowania przedstawia się następująco.

Odwołujący złożył ofertę występując jako wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną.

Zamawiający powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał odwołującego do przedłożenia potwierdzenia dokonania opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa dokonanej nie później niż w terminie składania ofert pod rygorem wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest postępowaniem sądowym ani postępowaniem z zakresu administracji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, zatem złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa albo jego odpisu, wypisu lub kopii przez pełnomocnika w takim postępowaniu nie podlega opłacie skarbowej.

Zamawiający jednak wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego ofertę uznał za odrzuconą wskazując, że do oferty dołączono pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum, natomiast nie uiszczono opłaty skarbowej. Zamawiający powołał się na art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy z 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, zgodnie z którym obowiązek zapłaty opłaty skarbowej powstaje z chwilą złożenia pełnomocnictwa.

Zdaniem odwołującego, zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, opłacie tej podlega złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii – w sprawie z zakresu administracji publicznej lub w postępowaniu sądowym, natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego relacje zachodzące pomiędzy zamawiającym a wykonawcą mają charakter stosunków cywilnoprawnych, a nie administracyjnych, dotyczą bowiem równoprawnych podmiotów, a wykonawcy dysponują autonomią w zakresie podjęcia decyzji w przedmiocie przystąpienia i uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeżeli zamawiający jest organem administracji publicznej (np. jednostką samorządu terytorialnego) działającym także w sferze prawa administracyjnego, to udzielanie zamówień publicznych w żadnym wypadku nie może stanowić sprawy z zakresu administracji publicznej i nie podlega opłacie skarbowej. Odwołujący powołał się też m.in. na pismo Dyrektora Departamentu Podatków i Opłat Lokalnych z dnia 12 lutego 2007 r. nr PL-835 94/LM/EO/07-219 w sprawie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa składanego w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych oraz opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Skoro więc odwołujący nie miał obowiązku uiszczać opłaty skarbowej za złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, to nie powstała zaległość z tytułu uiszczenia podatków i opłat, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym brak było podstaw faktycznych do wykluczenia odwołującego na podstawie tego przepisu.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że ze względu na to, iż jest jednostką samorządu terytorialnego, a więc administracji publicznej, taka opłata powinna zostać uiszczona.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego wykluczenia odwołującego z postępowania ze względu na brak uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa dla pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba przyznała rację odwołującemu.

Zgodnie z dyspozycją art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 225, poz. 1635 z późn. zm.) opłacie tej podlega złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii – w sprawie z zakresu administracji publicznej lub w postępowaniu sądowym

Od wielu lat, a na pewno od wejścia w życie ustawy Prawo zamówień publicznych, panuje jednolity pogląd, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo swego specyficznego charakteru wynikającego z tego, że dotyczy głównie jednostek sektora finansów publicznych, a więc i organów administracji publicznej, działających w celu zaspokajania potrzeb publicznych w sformalizowanych procedurach, należy do sfery prawa cywilnego. Ostatnie wątpliwości w tej dziedzinie rozstrzygnął art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyraźny sposób odsyłający do Kodeksu cywilnego, przynajmniej w zakresie czynności dokonywanych przez zamawiających i wykonawców (charakter pozostałych przepisów, dotyczących m.in. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej nie jest istotny dla niniejszej sprawy).

Przynależność zamówień publicznych do sfery cywilnoprawnej jest oczywista również z tego względu, że zamówienie publiczne to nic innego jak umowa (cywilna) na wykonanie pewnych dostaw, usług lub robót budowlanych, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to ciąg czynności mających na celu wybranie oferenta, z którym umowa ta zostanie zawarta lub wynegocjowanie warunków owej umowy (art. 2 pkt 7a i 13 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zatem, oczywiście z pewnymi koniecznymi modyfikacjami, jest to zakres czynności opisany w dziale II tytułu IV części ogólnej Kodeksu cywilnego „Zawarcie umowy”. Tym samym również pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, niezależnie jego charakteru

i pozycji w systemie władz publicznych (a warto przypomnieć, że na gruncie prawa unijnego każdy zamawiający ma status „państwa członkowskiego”) stosunki te są cywilnoprawne, równorzędne, a nie administracyjne. Nie można bowiem mylić faktycznej „władzy” zamawiającego wynikającej z tego, że jest on organizatorem procedury przetargowej oraz klientem – dzierżycielem pieniędzy (a więc tym, którego wymagania powinny być spełnione) z władztwem administracyjnym działającym na zasadach właściwych dla *imperium* (jako pojęcia z zakresu prawa administracyjnego). Udzielanie zamówień publicznych można bowiem rozpatrywać wyłącznie w kategoriach niewładczych form działania administracji publicznej, a interes publiczny w tym wypadku jest załatwiany za pomocą środków cywilnoprawnych. Pogląd ten jest jednolity w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Tym samym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można uznać za sprawę z zakresu administracji publicznej, o której mowa w art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, a pełnomocnictwo składane zamawiającemu należy traktować w taki sam sposób jak pełnomocnictwo składane każdemu innemu podmiotowi w ramach prawa cywilnego.

Zresztą, nie wchodząc w szczegółowe rozważania na temat interpretacji przepisów ustawy o opłacie skarbowej, już z wykazu czynności zawartych w jej rozdziale 1. „Przedmiot opłaty skarbowej”, zwłaszcza art. 1 ust. 1 pkt 1 (sprawy indywidualne z zakresu administracji publicznej: dokonanie czynności urzędowej na podstawie zgłoszenia lub na wniosek, wydanie zaświadczenia na wniosek, wydanie zezwolenia, pozwolenia, koncesji) wynika, że są to czynności, które (ogólnie i w dużym uproszczeniu) można uznać za podlegające przepisom kodeksu postępowania administracyjnego, którym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają.

Stanowisko takie, tj. że złożenie dokumentu pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii przez pełnomocnika wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega opłacie skarbowej zostało również przedstawione w przywołanym przez odwołującego, opublikowanym na stronie internetowej Ministerstwa Finansów piśmie Dyrektora Departamentu Podatków i Opłat Lokalnych z dnia 12 lutego 2007 r. nr PL-835-94/LM/EO/07-219 w sprawie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa składanego w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych (www.mf.gov.pl zakładka Podatki/ System podatkowy/ Opłata skarbową).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: