

Sygn. akt: KIO/UZP 1771 /09

**WYROK**  
z dnia 21 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „HANZA” Grupa Inwestycyjna Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o., PM Polmozbyt Gdańsk Sp. z o.o., Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH BUDCHEM Arkadiusz Lewicki, ul. Majkowskiego 19A, 81-717 Sopot** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto i Gmina Nowy Dwór Gdański, ul. Wejherta 3, 82-100 Nowy Dwór Gdański** protestu z dnia 9 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: „HANZA” Grupa Inwestycyjna Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o., PM Polmozbyt Gdańsk Sp. z o.o., Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH BUDCHEM Arkadiusz Lewicki, ul. Majkowskiego 19A, 81-717 Sopot** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: „HANZA” Grupa Inwestycyjna Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o., PM Polmozbyt Gdańsk Sp. z o.o., Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH BUDCHEM Arkadiusz Lewicki, ul. Majkowskiego 19A, 81-717 Sopot,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: „HANZA” Grupa Inwestycyjna Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o., PM Polmozbyt Gdańsk Sp. z o.o., Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH BUDCHEM Arkadiusz Lewicki, ul. Majkowskiego 19A, 81-717 Sopot.**

## Uzasadnienie

Zamawiający Miasto i Gmina Nowy Dwór Gdański prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania zabytkowej mleczarni w Nowym Dworze Gdańskim na Żuławski Park Historyczny”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 160457-2009 w dniu 21 września 2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2009 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez PW „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego Konsorcjum: „HANZA” Grupa Inwestycyjna Sp. z o.o., Polskie Konsorcjum Energetyczne Sp. z o.o., PM Polmozbyt Gdańsk Sp. z o.o., Arkadiusz Lewicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH BUDCHEM Arkadiusz Lewicki i wykluczeniu odwołującego z postępowania. Zamawiający uznał, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu dwóch różnych stawek podatku VAT zamiast jednej, a także że wartości robót wskazanych w wykazie wykonanych robót nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że nie wzywał odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów, co jest zgodne z treścią art. 26 ust. 3 Pzp.

Konsorcjum HANZA wniosło protest na czynność wykluczenia i odrzucenia oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6, 24 ust. 2 pkt 3, 26 ust. 3 i art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz o powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu protestu wskazano na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, co zdaniem wykonawcy skutkuje brakiem podstaw do sprawdzania przez zamawiającego prawidłowości obliczenia ceny oferty. Wykonawca wskazał, że prawidłowe obliczenie VAT ciąży na wykonawcy, a po stronie zamawiającego nie powstają żadne dodatkowe obowiązki z tego tytułu. Zamawiający nie był uprawniony do oceny oferty na podstawie dokumentu pomocniczego - kosztorysu, w którym wskazano wysokość stawki podatku VAT jako „zwolnione” a nie na podstawie formularza ofertowego. Wskazał na wyjaśnienia zamawiającego z dnia 9 października 2009 r. udzielone w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców, iż zamawiający nie ma obowiązku ani prawa narzucania wykonawcom stawki VAT. Wykonawcy powinni samodzielnie ją określić w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego, a następnie uwzględnić w cenie oferty.

W zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazano, że zgodnie z treścią postanowienia specyfikacji, określone wartości można było wykazać robotami zrealizowanymi łącznie w ramach kilku różnych zamówień (umów), gdyż jeśli każda jednostkowa robota spełnia warunek określonej wartości to bezcelowe jest umożliwienie łączenia i sumowania robót. Wskazał, że w Wykazie wykonanych robót budowlanych żądano wskazania zamówień, a nie zamówienia w liczbie pojedynczej, a w uwagach wyjaśniono, że roboty opisane w pkt od a) do c) mogły zostać zrealizowane w ramach jednego zamówienia(jednej umowy) jak również łącznie w ramach kilku różnych". Jeśli natomiast złożone dokumenty w ocenie zamawiającego nie potwierdzały spełniania warunku to był on zobowiązany wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Brak takiego wezwania oznacza, że zamawiający uznał złożone dokumenty za prawidłowe i nie miał wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wskazał, iż niewątpliwie błędnie podana w ofercie stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, stanowiący podstawę do odrzucenia oferty. Zauważył, że z zasad metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług wynika, iż w zakresie grupowania PKWiU 92.52.12 "Usługi ochrony zabytków" mieszczą się usługi konserwacji oraz rekonstrukcji zniszczonych dzieł sztuki oraz konserwacji miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej z wyjątkiem prac budowlanych. Usługi budowlane wykonywane w obiektach objętych nadzorem konserwatorskim związane z remontami, rozbudową, nadbudową lub adaptacją tych obiektów do potrzeb współczesnych mieszczą się bowiem w grupowaniu PKWiU 45 "Roboty budowlane". Dla potrzeb podatkowych należy więc odróżnić usługi konserwacji zabytków od prac budowlanych i opodatkować te ostatnie z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT. Przystępujący wskazał, iż roboty budowlane, także konserwatorskie wykonywane na obiektach innych niż obiekty mieszkaniowe, winny być objęte 22 % stawką VAT. Ponadto odwołujący nie wykazał spełniania warunku doświadczenia, gdyż żadna z robót zawartych w wykazie nie spełnia wymogu w zakresie wartości, ani wymaganej kubaturze min. 3 500m<sup>3</sup>. Wykonanie wymaganych robót mogło nastąpić w ramach jednego zamówienia (umowy) lub w ramach kilku zamówień.

Zamawiający oddalił protest. Zdaniem Zamawiającego, przytoczone przez protestującego wykonawcę przepisy prawa podatkowego w żaden sposób nie podważają jego decyzji o odrzuceniu oferty. Powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych w publikacji "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.", pod

redakcją Prezesa Urzędu - Jacka Sadowego, stwierdził, iż błędem w obliczeniu ceny jest w szczególności np. błędne wskazanie obowiązującej stawki podatku VAT (np. zamiast 22% wykonawca podaje stawkę 7%). W przypadku, gdy przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, stawka podatku VAT powinna być przyjęta dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter. Zamawiający wyjaśnił, iż powyższa publikacja UZP została wskazana w wyjaśnieniach treści siwz w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w żaden sposób nie odnosi się do charakteru wynagrodzenia. Zgodnie z postanowieniami siwz kosztorys ofertowy musiał zawierać kwotę podatku VAT (gdyż należało uwzględnić "wszystkie" koszty) oraz wskazywać jego procentową wysokość (gdyż należało w nim zawrzeć informacje o "danych do kosztorysowania"). Zgodnie z rozdz. X pkt 5 siwz oferta musiała zawierać wypełniony formularz OFERTA, oraz kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami punktu XII siwz. Dokumenty te były więc wyraźnie wskazane jako obowiązkowe elementy "oferty".

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego spełniania warunku doświadczenia zamawiający wyjaśnił, iż rozumienie warunku opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów specyfikacji. Zauważył, że pozostali wykonawcy warunek ten odczytali poprawnie. Warunek wskazuje, że roboty: "polegające na budowie lub przebudowie obiektu" (a), "polegające na wykonaniu prac konserwatorskich ścian ceglanych" (b) czy też "polegające na wykonaniu prac rozbiórkowych i wyburzeniowych" (c) - przy czym każda z tych robót z wyraźnie zaznaczoną wartością minimalną - mogły być częściami jednego zamówienia (jednej umowy) lub kilku różnych. Żaden z zapisów specyfikacji nie ogranicza i nie stoi w sprzeczności z wymogiem dotyczącym wartości każdej z tych robót, a więc pojedynczo. Minimalna liczba przedstawionych zamówień mogła więc wynieść więc 1 -w przypadku, gdy w ramach jednego zamówienia (czyli jednej umowy) zrealizowano wszystkie trzy rodzaje robót (opisanych w pkt od a) do c) - a przecież "opis" dotyczy także ich wartości. Można było także zrealizować te trzy rodzaje robót także w ramach dwóch czy trzech zamówień (umów), ale oczywiście przy spełnieniu wszystkich warunków zawartych w "opisach" tych robót, w tym także warunków dotyczących ich wartości. Zamawiający wymagał wprost, by każda z wykazanych w pkt od a) do c) robót miała wartość powyżej określonej. Złożony przez odwołującego Wykaz nie zawiera ani jednej roboty spełniającej warunek wartości. Przedstawione w wykazie roboty spełniają warunek dotyczący wartości jedynie łącznie - w ramach poszczególnych rodzajów robót (oznaczonych literami a, b i c).

Zamawiający uznał, że zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Pzp jest bezpodstawny, wobec brzmienia tego przepisu. Ponadto, wskazał, iż brak jest podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż oferta przystępującego była jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a oferowane roboty spełniają wymagania określone przez zamawiającego w siwz.

Konsorcjum HANZA wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6, 24 ust. 2 pkt 3, 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp wnosząc o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego, wykluczenia odwołującego z postępowania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Podkreślił, że zastosował prawidłowo stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie wskazał w siwz jaka stawka podatku VAT ma zastosowanie przy pracach objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie jest organem uprawnionym do decydowania, jaka stawka podatku jest wiążąca dla uczestników postępowania. Wskazał na przepis art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), zgodnie z którym to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku oraz art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 8 poz. 60 ze zm.), który wskazuje organy właściwe do weryfikacji i przeprowadzania kontroli oraz interpretacji prawa podatkowego.

W zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, podtrzymał argumentację z protestu, iż zgodnie z treścią postanowienia specyfikacji określone wartości można było wykazać robotami zrealizowanymi łącznie w ramach kilku różnych zamówień (umów), gdyż jeśli każda jednostkowa robota spełnia warunek określonej wartości to bezcelowe jest umożliwienie łączenia i sumowania robót.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego i wykluczając ww. wykonawcę z postępowania. Odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną (cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z wagą 100%), utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, iż niezasadny jest zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z powodu błędu w obliczeniu ceny.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. XII siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca uwzględnił w ofercie wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia - zarówno wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również w nim nieujęte, tj. np.: zagospodarowanie placu budowy, w tym: zaplecze budowy, ogrodzenie, drogi dojazdowe i montażowe oraz zasilanie w wodę i energię elektryczną, dozоровanie, telefon czy prace porządkowe, a także, aby obliczając cenę oferty sporządził kosztorys ofertowy, zawierający co najmniej wszystkie pozycje z przedmiaru robót wraz z informacją o danych do kosztorysowania, w oparciu o które kosztorys został sporządzony. Kosztorys musiał zatem zawierać kwotę podatku VAT z uwagi na konieczność uwzględnienia wszystkich kosztów oraz wskazywać jego procentową wysokość - należało w nim zawrzeć informacje o danych do kosztorysowania. Podatek VAT jest składnikiem ceny i stanowi element cenotwórczy, który przedsiębiorca kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia w tę cenę. Wszyscy wykonawcy w tym postępowaniu dane takie przedstawili w złożonych ofertach.

Stosownie do treści rozdz. X pkt 5 siwz składana oferta musiała zawierać: wypełniony formularz ofertowy, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz oraz kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami pkt XII. Zamawiający wskazał zatem, iż te dokumenty stanowią obowiązkowe elementy oferty.

Odwołujący oświadczył w złożonym w ofercie formularzu ofertowym, że „oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę (brutto) 5039084,57 zł, tj. za cenę bez VAT w kwocie 4 241 400,30 zł plus podatek VAT w kwocie 797 684,27 zł.” W zbiorczym zestawieniu wartości robót złożonym w ofercie, w pozycji nr 2 branża „budowlana (renowacja elewacji), w kolumnie VAT odwołujący wskazał liczbę „0.00”, co oznacza, iż wykonawca zastosował wobec wskazanego rodzaju robót zwolnienie z podatku VAT.

Zamawiający wskazał w specyfikacji jako przedmiot główny zamówienia: roboty budowlane oraz jako przedmioty dodatkowe: roboty w zakresie burzenia i rozbiórki, roboty ziemne, roboty instalacyjne, roboty wykończeniowe. Opisuując zakres zamówienia

zamawiający podał, że zamówienie obejmuje przebudowę i zmianę sposobu użytkowania budynku zabytkowej mleczarni na budynek Żuławskiego Parku Historycznego, pełniącego funkcję ekspozycyjną, konferencyjną oraz edukacyjną, a także remont elewacji, budowę parkingów, ciągów pieszych i pieszo-jezdnych, nasadzenia zieleni wraz z elementami drobnych form architektury. Określone przez zamawiającego roboty dotyczą obiektu wpisanego do rejestru zabytków, podlegającego ochronie konserwatorskiej.

Z zasad metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i usług wynika, że w zakresie grupowania PKWiU 92.52.12 „Usługi ochrony zabytków” mieszczą się usługi konserwacji oraz rekonstrukcji zniszczonych dzieł sztuki oraz konserwacji miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej z wyłączeniem robót budowlanych. Roboty budowlane wykonywane w obiektach objętych nadzorem konserwatorskim związane z remontami, rozbudową, nadbudową, lub adaptacją tych obiektów do potrzeb współczesnych mieszczą się w grupowaniu PKWiU 45 „Roboty budowlane”.

Powyższe znajduje potwierdzenie również w treści interpretacji złożonych przez odwołującego na rozprawie (pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 14 lipca 2009 r. oraz pismo Ministra Finansów z dnia 8 kwietnia 2009 r.). Z ww. dokumentów wynika, że roboty budowlane - wykonywane w budynkach i obiektach zabytkowych pod nadzorem konserwatorskim – związane z remontami, rozbudową, nadbudową, adaptacją tych obiektów do potrzeb współczesnych lub ich bieżącą konserwacją, mieszczą się w dziale PKWiU 45 „Roboty budowlane”, w odpowiedniej podkategorii, w zależności od rodzaju wykonywanych prac. Natomiast w grupowaniu 92.52.12-00.00 „Usługi ochrony zabytków” mieszczą się usługi konserwacji oraz rekonstrukcji zniszczonych dzieł sztuki oraz usługi konserwacji miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej, które, o ile ich przedmiotem nie są czynności zaliczane do robót budowlanych w zakresie remontów, rozbudowy, nadbudowy, adaptacji tych obiektów do potrzeb współczesnych lub związanych z ich bieżącą konserwacją, są od podatku zwolnione.

W ocenie Izby, jeżeli zamówienie obejmuje kilka świadczeń, które są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, na tyle, że świadczenia rozdzielone samodzielnie nie służą danemu celowi gospodarczemu, to wszystkie te świadczenia lub czynności powinny stanowić jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia opisany w siwz należy stwierdzić, iż podstawowy charakter zamówieniu nadają roboty budowlane, wykonywane na obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, podlegającym ochronie konserwatorskiej, które stanowią podstawowy przedmiot zamówienia. Wykonywanie w ramach zamówienia części prac pod nadzorem konserwatora zabytków nie przesądza o tym, iż prace te - jako roboty



konserwatorskie powinny być objęte zwolnieniem od VAT. W ocenie Izby, skoro wiodący charakter przedmiotowemu zamówieniu nadają roboty budowlane oraz zamówienie obejmuje tylko w części prace konserwatorskie, to wykonawcy zobowiązani byli przyjąć jednolitą stawkę VAT, którą objęte są roboty budowlane.

Pogląd powyższy znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Na uwagę, w szczególności zasługują orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Card Protection Plan (CPP) C-349/96 oraz w sprawach C-41/04 Levob Verzekeringen BV C-572/07, RLRE Tellmer Property Sro, czy też C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd., które jako element prawa wspólnotowego stały się podstawą wyroków polskich sądów administracyjnych. ETS stwierdził m.in., iż różne czynności powinny być postrzegane jako jedno świadczenie, w sytuacji gdy jeden lub więcej elementów stanowi usługę zasadniczą, a inne elementy – usługę poboczną. O usłudze pomocniczej możemy mówić wówczas, gdy dana czynność nie jest dla nabywcy celem samym w sobie, ale służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej. W takiej sytuacji świadczenie pomocnicze dzieli podatkowy los świadczenia głównego.

W ustalonym stanie faktycznym, przyjęcie zatem przez odwołującego dwóch różnych stawek podatku VAT (22% i zwolnione) zamiast jednej stawki, określonej dla przedmiotu zamówienia jako zasadniczej dla tego rodzaju robót, stanowi błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty. Odnośnie konsekwencji przyjęcia nieprawidłowej stawki podatku VAT w ofercie wypowiedział się m.in. Sąd Okręgowy w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 30 września 2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05, wskazując, że "wykonawca miał podstawy i powinien określić cenę oferowanej usługi zawierającą stawkę VAT w wysokości 7%. Skoro jednak podał w ofercie stawkę podatku 22%, to oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny."

Zdaniem Izby, nie znajduje uzasadnienia twierdzenie odwołującego, iż skoro zamawiający nie zawarł w siwz wskazówek, co do stawki VAT, którą należy przyjąć, to nie może oceniać prawidłowości przyjętych stawek. Wskazać należy, że zamawiający nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT. Stawka podatku VAT powinna być przyjęta przez wykonawcę w wysokości, która wynika z przepisów prawa podatkowego. Zamawiający wyjaśnił tę kwestię jednoznacznie w odpowiedzi na pytanie nr 3 wykonawcy, dotyczące stawki podatku VAT w piśmie z dnia 9 października 2009 r. cytując stanowisko wyrażone w publikacji Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. pod red. Prezesa UZP Jacka Sadowego.

Błędne wskazanie obowiązującej stawki VAT, w tym przyjęcie innej stawki niż ta, którą objęty jest przedmiot zamówienia nadający zamówieniu zasadniczy charakter i przyjęcie jej do kalkulacji ceny oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Błąd ten nie podlega poprawieniu

jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Nie jest to omyłka lecz błąd istotny co do okoliczności faktycznych, w postaci przyjęcia nieprawidłowego elementu mającego wpływ na właściwe obliczenie ceny. Podkreślić też należy, że przyjęcie błędnej stawki VAT nie stanowi niezgodności z treścią siwz lecz niezgodność z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek badania w ofertach prawidłowości stawki podatku VAT przyjętej do obliczenia ceny, ze względu obowiązek zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przestrzegania przepisów prawa, w tym prawa podatkowego.

W omówionych okolicznościach Izba uznała, że odwołujący nieprawidłowo w przedmiotowym postępowaniu zastosował dwie różne stawki VAT do przedmiotu zamówienia, a tym samym popełnił błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co skutkuje koniecznością odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty.

Izba uznała, że nie można podzielić zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez uznanie przez zamawiającego, iż odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. V pkt 2 specyfikacji, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, a w szczególności: w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali przynajmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. przynajmniej jedno zamówienie na roboty budowlane na obiekcie użyteczności publicznej, wpisanym do rejestru zabytków, o kubaturze minimum 3.500 m<sup>3</sup>, w zakres którego (lub - w zakres których łącznie) wchodziły co najmniej:

- a) roboty polegające na budowie lub przebudowie obiektu -o wartości powyżej 6.000.000,00 zł (każda),
- b) roboty polegające na wykonaniu prac konserwatorskich ścian ceglanych -o wartości powyżej 900.000 zł (każda),
- c) roboty polegające na wykonaniu prac rozbiórkowych i wyburzeniowych -o wartości powyżej 600.000 zł (każda).

Zamawiający wskazał także w specyfikacji, iż roboty opisane w pkt od a) do c) mogły zostać zrealizowane w ramach jednego zamówienia (jednej umowy), jak również łącznie w ramach kilku różnych".

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie według wzoru - Załącznik nr 4 do siwz.

W ocenie Izby, powyższy warunek należy tłumaczyć stosując w pierwszej kolejności wykładnię językową treści postanowienia zawartej w specyfikacji. W orzecnictwie SN utrwalone zostały zasady, iż „podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli. W procesie jego wykładni podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, przy czym wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy.” (vide postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r. sygn. akt II CSK 263/08 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r. o sygn. akt III CZP 66/95). Postanowienia specyfikacji stanowią oświadczenie woli zamawiającego skierowane do ogółu przedsiębiorców w formie pisemnej. Obiektywne podejście wymaga, aby oświadczenie tłumaczyć tak, jak powinno być ono odczytane przez jego odbiorcę. Z tego punktu widzenia nie można uznać, iż nie ma żadnego znaczenia fakt, że pozostali wykonawcy warunek ten odczytali zgodnie z interpretacją przyjętą przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią postanowienia zawartego w siwz, wskazane zostały roboty: „polegające na budowie lub przebudowie obiektu” (a), "polegające na wykonaniu prac konserwatorskich ścian ceglanych" (b) oraz "polegające na wykonaniu prac rozbiórkowych i wyburzeniowych" (c). Dla każdej z tych robót wyraźnie zaznaczono wymaganą wartość minimalną. Z treści warunku wynika, iż wskazane roboty mogły być częściami jednego zamówienia lub kilku różnych zamówień, co zostało literalnie ujęte w tekście postanowienia. Można zatem było wykazać spełnienie warunku przez przedstawienie jednego zamówienia - w przypadku, gdy w ramach tego zamówienia zrealizowano wszystkie trzy rodzaje robót (opisanych w pkt a,b,c). Można było też wykazać zrealizowanie robót o wymaganej minimalnej wartości w ramach dwóch lub trzech zamówień.

Na potwierdzenie spełnienia omawianego warunku odwołujący złożył "Wykaz wykonanych robót budowlanych", zawierający roboty, z których jednak żadna nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji co do minimalnej wartości. Przedstawione roboty

posiadają wartość, która jedynie zliczona łącznie dla danego rodzaju robót stanowi wartość określoną w treści warunku dla każdej z robót - fakt ten nie był sporny pomiędzy stronami. Powyższe dowodzi, że złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w siwz.

Biorąc pod uwagę, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, za bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Pzp. Stosownie do dyspozycji wymienionego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wobec ziszczenia się wskazanego w przepisie warunku, gdyż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, iż zarzut ten nie był zawarty w proteście, co stosownie do treści art. 191 ust. 3 Pzp wypełnia negatywną przesłankę do rozpoznania zarzutu. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp nie został natomiast podtrzymany w odwołaniu i na rozprawie.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do przyjęcia, by rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego zapadło z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....