

Sygn. akt KIO/UZP 117/09

WYROK
z dnia 6 luty 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 luty 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Górnictwo Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 – 039 Katowice** protestu z dnia 6 stycznia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Górnictwo Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń**

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 **Górnictwo Usługowo – Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Górnictwo Usługowo – Handlowe „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40 – 039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr. (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Górnictwa Usługowo – Handlowego „Piaś” Spółka Akcyjna w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43 – 155 Bieruń.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienia sektorowe) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: *„Dostawa bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Piaś” w okresie 12 miesięcy”* (nr sprawy 3371377/01), zostało wszczęte przez Kompanie Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 43-039 Katowice, zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 250-334687 w dniu 24.12.2008 r.

W dniu 24.12.2008 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: *„SIWZ”*.

W dniu 06.01.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. Zm.), zwanej dalej: *„Pzp”* firma: Górnictwo Usługowo-

Handlowe „Piaś”, S.A. z siedzibą w Bieruniu, ul. Granitowa 16, 43-155 Bieruń, zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na postanowienia SIWZ. Zarzucił:

1) wadliwe oznaczenie przedmiotu zamówienia poprzez posłużenie się nazewnictwem niejednoznacznym co w kompilacji z dalej określonymi nieprawidłowo wymogami realizacji zamówienia (§ 4 załącznika nr 4, str.16 załącznika nr 2) - wyklucza cel wydatkowania środków publicznych na wymagane kodeksem pracy zabezpieczenie pracownikom posiłków profilaktycznych.

Poprawny opis przedmiotu zamówienia winien wskazywać usługę świadczenia posiłków regeneracyjnych dla pracowników Zamawiającego - zgodnie z bezwzględnie Obowiązującymi postanowieniami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie profilaktycznych posiłków i napojów (Dz. U. nr 60, poz. 2791) zwanego dalej: „Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r.”

Dostawa bonów, jako usługa *de facto* pomocnicza i wartościowo niewspółmiernie niższa w odniesieniu do podstawowego elementu zamówienia, tj. usługi zapewnienia posiłków regeneracyjnych - winna być wprowadzona do SIWZ, tylko jako element realizacji zamówienia. Protestujący wskazał na art. 6 Pzp, stwierdził, iż należy się nim posłużyć przez analogię.

Skoro zatem wiodąca usługa, która niewątpliwie powinna być objęta warunkami konkurencyjności, gdy idzie o cenę - została w SIWZ oznaczona ceną sztywną to postanowienia specyfikacji w tym zakresie rażąco naruszają art. 22 ust.2 Pzp (str. 6 pkt. 13 SIWZ). Kryterium ceny - 30% jest w tej sytuacji niezrozumiałe, gdyż nie ma odniesienia do przedmiotu zamówienia. Oznacza to naruszenie art.6, art. 22 ust 2, art. 29 ust 1 i 2 Pzp i art. 232 kodeksu pracy w zw. z postanowieniami Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r., a także art. 2 pkt 9 Pzp - w kontekście dyspozycji środkami publicznymi z uwzględnieniem rygorów ustawy o finansach publicznych.

2) wadliwe oznaczenie przedmiotu zamówienia poprzez posłużenie się kodem nieadekwatnym do wymogów Wspólnego Słownika Zamówień, co stanowi naruszenie art. 30 ust 7 Pzp. Winny być kody - 52.10.00.00, 15.89.43.00

3) wadliwe oznaczenie w SIWZ zasad dokumentowania dostaw bonów tylko poprzez noty księgowo, a nie w formie faktury VAT oraz brak określenia zasad dowodzących otrzymywanie posiłków przez pracowników, co uniemożliwia należyte dokumentowanie kosztów uzyskania przychodów, oznacza to naruszenie art. 2 pkt 6, art. 106 ust 1, art. 86 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz.535 z póź. zm.) zwanej dalej: „Ustawą o VAT” oraz art. 15 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 54 poz. 654) zwanej dalej: „Ustawą CIT”.

Istotą niniejszego postępowania, jak stwierdził Protestujący, nie jest dostawa bonów i logistyka w zakresie sieci zakładów gastronomicznych wydających posiłki, lecz istotą zamówienia publicznego w ramach niniejszej procedury jest realizacja ustawowego obowiązku pracodawcy wynikającego z art. 232 kp, tj. zapewnienie pracownikom zatrudnionym w szczególnie uciążliwych warunkach posiłków i napojów.

Posiłki i napoje mają:
spełniać określone wymogi (§ 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r.)
i być wydawane w czasie pracy (§ 2 rozporządzenia)

Opis przedmiotu zamówienia i brak regulacji co do spełnienia wymagań cytowanego rozporządzenia statuuje postępowanie jako dotknięte istotną wadą prawną. Zawarta w wyniku tak skonstruowanej SIWZ umowa będzie posiadała znamię nieważności.

Skutkiem wyżej przedstawionego rozumowania jest twierdzenie, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa usługi *ergo* powstanie obowiązek podatkowy i obowiązek wystawiania faktur VAT.

Inny sposób dokumentowania faktu wykonywania usługi nawet jeżeli będzie ona celowo nazwana inaczej, tj. dostawą „papierów uprawniających” jest świadomym pomniejszaniem przychodów z tytułu podatku od towarów i usług co przy tak znaczącej wartości przedmiotu zamówienia czyni tą należność istotną pozycją budżetową. (vide: wyrok NSA w Katowicach z dnia 18 kwietnia 2000 r. I SA/Ka 1857/98).

Noty księgowe nie muszą zawierać rodzajowo wyszczególnienia pozycji, które pozwalałyby stwierdzić, czy istotnie nastąpiło wydanie posiłku profilaktycznego w rozumieniu przepisów wskazanego wyżej rozporządzenia. W konsekwencji następuje też niemożność ustalenia, czy powstały koszty zakupu przedmiotowej usługi. To zaś z kolei wyklucza zastosowanie przez Zamawiającego operacji polegającej na ustaleniu kosztów uzyskania przychodów - art. 15 ustawy podatkowej. (Vide: wyrok NSA w Poznaniu z dnia 18 stycznia 2000 r. I SA/Po 3020/98).

Protestujący stwierdził, iż jest uprawniony do złożenia środka ochrony prawnej, posiada wszak interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 Pzp. Pośród rodzajów jego działalności jest taka, która treściowo jest tożsama z przedmiotem zamówienia.

Protestujący domagał się:

- 1) unieważnienia w całości postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia lub
- 2) skorygowanie warunków przetargu z uwzględnieniem zgłoszonych zarzutów.

Nadto zwrócił uwagę, że w opisie przedmiotu zamówienia znajduje się nieprecyzyjne sformułowanie gdy idzie o oznaczenie czasu trwania umowy - wobec braku określenia daty rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia.

W dniu 06.01.2009 r. Zamawiający na stronie internetowej kopię protestu i wezwał Wykonawców do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 16.01.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości.

Odnosnie zarzutów dotyczących wadliwego oznaczenia przedmiotu zamówienia oraz nieprawidłowego określenia wymogów realizacji zamówienia, Zamawiający uznał ww. za bezpodstawne. Stwierdził, iż zgodnie z treścią Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. pracodawca zapewnia pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych nieodpłatnie posiłki wydawane ze względów profilaktycznych, w formie jednego dania gorącego. W § 2 ust. 2 cytowanego rozporządzenia ustawodawca przewiduje dwie możliwości realizacji zobowiązania, w przypadku gdy pracodawca nie ma możliwości wydawania posiłków ze względu na rodzaj wykonywanej przez pracownika pracy lub ze względów organizacyjnych, tj.:

- 1) korzystanie z takich posiłków w punktach gastronomicznych,
- 2) przyrządzanie posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów.

Ponadto podkreślił, iż specyfika pracy w górnictwie, pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnie uciążliwych, którym przysługuje prawo do posiłku profilaktycznego, często uniemożliwia, również ze względów organizacyjnych, sposobność spożycia gorącego posiłku w czasie pracy. Sytuacja taka stwarza przesłanki upoważniające pracodawcę do skorzystania z przytoczonego wyżej przepisu. Zamawiający, chcąc zagwarantować możliwość korzystania przez pracowników z posiłków w punktach gastronomicznych, jak i również przyrządzania posiłków przez pracownika we własnym zakresie z otrzymanych produktów ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia. Zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny zdefiniował pojęcia placówki gastronomicznej, jak i handlowej, w których realizowane będą przedmiotowe bony żywieniowe, jak również zastrzegł brak możliwości nabywania w ramach bonów żywieniowych produktów alkoholowych i wyrobów tytoniowych. Zamawiający nie dostrzegł nieprawidłowości w określonych w § 4 załącznika nr 4 do SIWZ oraz w pkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ wymogów realizacji dostaw bonów żywieniowych. Podkreślił, iż zgodnie z pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż żądał, aby dostarczone bony żywieniowe posiadały termin ważności umożliwiającą ich realizację przez

pracownika w placówkach handlowych, gastronomicznych nie krótszy niż do końca miesiąca następującego po miesiącu ich dostarczenia Zamawiającemu.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego ustalenia ceny jako jednego z kryterium oceny Zamawiający uznał za bezpodstawny. Wskazał, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert.

Wyjaśnił, iż w przedmiotowym postępowaniu cena jest „sztywna”, co wynika jednoznacznie z opinii opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie stosowania przepisów Pzp oraz w oparciu o art. 15 ust 4 pkt 1 i 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2002 r. nr 126, poz. 1071 ze zmianami): przy zakupie bonów podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanie poniżej lub powyżej ich wartości nominalnej jest utrudnieniem dostępu do rynku, stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu oprócz ceny jako kryterium oceny ofert ustalił również drugie kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia tj. ilość punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wadliwego oznaczenia przedmiotu zamówienia poprzez posłużenie się nieodpowiednim kodem Wspólnego Słownika Zamówień Zamawiający uznał ww. za bezpodstawny. Stwierdził, iż zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp do opisu przedmiotu zamówienia zastosował nazwę i kod określony we Wspólnym Słowniku Zamówień CPV - tutaj kod 30199770-8 Talony na posiłki - wskazując tym samym w sposób absolutnie jednoznaczny co jest przedmiotem zamówienia.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego form dokumentowania dostaw bonów na posiłki profilaktyczne w formie not księgowo-obciążeniowych Zamawiający uznał ww. za bezpodstawny. Wskazał, iż zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych, a nie dostawa towarów w formie posiłków profilaktycznych lub produktów do ich przygotowania. Bon z zasady pełni funkcję płatniczą i umożliwia nabycie towarów do określonej kwoty. Należy go zatem postrzegać jako kwit służący do nabycia danych produktów. Zatem bonu nie można zaliczyć do towarów w rozumieniu ustawy o VAT. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 6 ustawy o VAT przez towary rozumie się rzeczy ruchome, jak również wszelkie postacie energii, budynki i budowle lub ich części, będące przedmiotem czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, które są wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, a także grunty. Mając powyższe na uwadze, stwierdził, iż dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Wskazał, iż zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy, podatnicy, o których mowa w art. 15, są obowiązani wystawić fakturę stwierdzającą w szczególności dokonanie sprzedaży, datę dokonania sprzedaży, cenę jednostkową bez podatku, podstawę opodatkowania, stawkę i kwotę podatku, kwotę należności oraz dane dotyczące podatnika i nabywcy. Przepis ten nakłada na podatników obowiązek wystawienia faktury VAT w przypadku dokonania czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Dostawa bonów żywnościowych nie powoduje powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług, w związku z czym czynność ta nie skutkuje obowiązkiem wystawienia faktury VAT. Oznacza to, że nota księgową jest właściwym dowodem dla udokumentowania w/w czynności.

W dniu 22.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zarzucił:

1) naruszenie art. 29 i art. 139 Pzp w związku z treścią art. 58 § 1 kodeksu cywilnego poprzez niewłaściwe określenie przedmiotu zamówienia, jako dostawę bonów, a nie jako usługę dostarczenia przez pracodawcę posiłków profilaktycznych przez podmiot sybstucyjny - zgodnie z wymogami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 maja 1996 r. i kreowanie wadliwych podstaw do zawarcia ważnej umowy.

2) naruszenie art. 2 pkt 6, art. 106 ust 1 oraz art. 86 ust 1 ustawy o VAT na skutek przydania usłudze „wydawania posiłków” – nazwy „dostawy bonów i ich realizacji” i stosowania przez to nieadekwatnej do stanu faktycznego - dokumentacji finansowej, a także zaniechanie powinności płacenia podatku.

3) naruszenie art. 30 ust 7 Pzp poprzez użycie wadliwej nazwy i kodu ze WSZ.

Wnosił:

1) o unieważnienie w całości postępowania wobec faktu, iż nie można będzie zawrzeć ważnej umowy - wobec takiej treści SIWZ;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł.

Odwołujący wskazując na interes prawny stwierdził, iż korzysta on z niniejszego środka ochrony prawnej z uwagi na to, iż przyszła umowa będzie dotknięta nieważnością, o ile zostanie zawarta, będzie destabilizować porządek prawny i w odniesieniu do wykonawców, którzy spostrzegli nieprawidłowości i naruszenie norm ustawowych - będzie dowodem na pozbawienie ich rzetelnego dostępu do postępowania o udzielenia zamówienia publicznego przy przejrzystej i należyście skonstruowanej SIWZ.

W art. 2 pkt 2 Pzp ustawodawca zawarł definicję pojęcia „dostawy”. Jest to m. in. nabywanie rzeczy na podstawie umowy sprzedaży. W tej konwencji pojęciowej Zamawiający pomieszał przedmiot zamówienia. Stwierdził, iż to przybranie instytucji prawnej - dostawy pozwala Zamawiającemu, w następnej kolejności wyłączyć przedmiot zamówienia z obowiązku opodatkowania czynności *de facto* o charakterze usługi.

Niniejsze wyłączenie, zdaniem Odwołującego, zdaje się być podstawową intencją Zamawiającego, kiedy dokonuje opisu przedmiotu zamówienia. Nie jest nabywaniem rzeczy - wejście w posiadanie papierów z opisem prawdziwego przedmiotu zamówienia. Następuje zatem zafalszowanie zasad dysponowania środkami publicznymi, o czym mowa w art. 1 ust 3 i art. 12 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 249, poz. 2104). Następuje również świadome i celowe uchylanie się od zobowiązań. Bony winny być umieszczone w treści opisowej przedmiotu zamówienia, jako instrument wykonawczy w realizacji usługi. Przewrót pojęć w nazwie zamówienia zmienia istotnie podstawowy cel procedury. Umowa zawarta w wyniku przekłamania istoty i intencji zamówienia publicznego dla której następuje wydatkowanie środków publicznych będzie nieważna.

Pozorna jest również klauzula ceny - w kategorii „kryterium” oceny ofert. 30 % - dla ceny, która musi być *constans* jest dotknięta wadą „*contradictio in adiecto*”. W istocie, w ogóle to kryterium nie istnieje i SIWZ jest w tym zakresie nieprawdziwa. I nie zmienia tego ustanowienie drugiego kryterium, które jest w tej sytuacji jedynym kryterium.

Wobec wyżej przedstawionej tezy o innym niż to opisano przedmiocie zamówienia niepoprawny jest kod WSZ.

Zarzut o wyłączeniu w nazwie zamówienia - usługi, prowadzi wprost do ominięcia obowiązku stosowania podatku VAT.

Trzy najistotniejsze wady SIWZ, zgłoszone w proteście, niniejszym zostały podtrzymane i uzupełnione dodatkową interpretacją.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 23.01.2009 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania i wezwał Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że: „Podzielając stanowisko zawarte w publikacji *Urzędu Zamówień Publicznych z 2004 r. „Środki ochrony prawnej – poradnik”, autorstwa Waldemara Łysakowskiego rozdział III skład orzekający uznał, iż brak jest materialno-prawnej przesłanki warunkującej skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego w postaci interesu prawnego (art. 179 ust. 1). W związku z tym, stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez Odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.” (wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07). Ponadto, z uwagi na materialno - prawny charakter interesu prawnego podlega on rozpoznaniu na rozprawie.*

Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego Wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06, SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05). W przedmiotowym stanie faktycznym nie miało to miejsca. Ponadto, Izba podkreśla, że istnienie interesu prawnego powinno być nadto udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt: II Ca 327/05).

Odwołujący wnosił o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wskazanych naruszeń dokonanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w ramach SIWZ.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący złożył skutecznie ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie przez Zamawiającego oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu i będzie podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Izba stwierdza, że Odwołujący wskazując na art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego nie wykazał jakiego przepisu obejście miało miejsce, co więcej teza o naruszeniu interesu prawnego Odwołującego z uwagi na zawarcie w wyniku przedmiotowego postępowania nieważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest błędna.

Po pierwsze, postanowienia SIWZ nie są prawem powszechnie obowiązującym, a odniesienie do art. 29 ust.1 i 2 Pzp jest niewystarczające, gdyż nie każde naruszenie wskazanego przepisu skutkuje nieważnością umowy w trybie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Po drugie, w tej materii Izba zwraca uwagę Odwołującemu, iż zgodnie z art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 Pzp w pierwszej kolejności w umowach należy raczej badać, jaki był zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Wynika więc z tego, iż błędne określenie przedmiotu zamówienia nie będzie w każdym przypadku powodować nieważności umowy.

Po trzecie, Izba wskazuje, iż art. 2 pkt 2 Pzp wskazujący definicje dostawy mówi nie tylko o nabywaniu rzeczy, ale także praw oraz innych dóbr, co czyni stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie nieadekwatne do istniejącego stanu faktycznego i prawnego.

Ponadto, aby skutecznie wskazać na interes prawny Odwołującego polegający na prawie do kontroli Zamawiającego w kontekście zawarcia ważnej umowy, obowiązkiem Odwołującego było wskazanie rażącego naruszenia przepisu Pzp, albo takiego naruszenia przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący w tej sytuacji powinien był powołać konkretny przepis Pzp lub odpowiednio stosowany przepis Kodeksu cywilnego, którego niezastosowanie skutkowałoby obejściem prawa. Odwołujący tego nie uczynił. Nie można bowiem uznać, że nawet wadliwe określenie nazwy rodzaju przedmiotu zamówienia samo z siebie skutkowałoby obejściem prawa. Ponadto obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT przy sprzedaży towarów lub usług i obowiązek dokumentowania sprzedaży towarów lub usług, obciąża Wykonawcę, a więc podmiot dokonujący zbycia. Odwołujący nie udowodnił, że określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia jako dostawy, a nie usługi rodziłoby jakiegokolwiek konsekwencje na gruncie prawa podatkowego. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają jedynie w sferze jego oświadczeń wiedzy, nie mających wszakże charakteru faktów powszechnie znanych.

Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do*

podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji nie uwzględniając odwołania. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*