

**WYROK**

**z dnia 21 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie:** **Honorata Łopianowska**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Robert Zimny** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zimny Robert Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane w Wałbrzychu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wałbrzych w Wałbrzychu**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Gminie Wałbrzych w Wałbrzychu**:

- 1) unieważnienie czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu** i odrzucenia oferty wykonawcy - **Robert Zimny** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zimny Robert Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane w Wałbrzychu**,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Robert Zimny** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zimny Robert Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane w Wałbrzychu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu** na rzecz wykonawcy **Robert Zimny** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zimny Robert Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane w Wałbrzychu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu** na rzecz zamawiającego **Gminy Wałbrzych w Wałbrzychu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Wałbrzychu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawca Robert Zimny prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zimny Robert Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane w Wałbrzychu wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wałbrzych, w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie zamówienia pn. „Konservacja muzealiów ze zbiorów Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia w Wałbrzychu - zabytkowych maszyn i urządzeń technicznych z Działu Przemysłu i Techniki”, w przedmiocie odrzucenia oferty wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

- 1) naruszenie przepisu prawa materialnego – art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, przez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, iż zastosowanie niewłaściwej stawki VAT przy obliczaniu ceny, jest błędem w jej obliczeniu, uzasadniającym odrzucenie oferty,
- 2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż zakres prac opisany w siwz nie dotyczył konserwacji muzealiów wpisanych do inwentarza muzeum, gdy zgodnie z nazwą przedmiotu zamówienia i informacjami podanymi w siwz, część II ust. 1, należy uznać, iż postępowanie dotyczyło konserwacji muzealiów, a więc ruchomości korzystających z przywileju nazwy „muzealia”, zarezerwowanej w ustawie o muzeach dla przedmiotów wpisanych do inwentarza muzeum (art. 21 ustawy o muzeach),
- 3) naruszenie przepisu prawa materialnego - § 43-46 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług ( Dz. U. Nr 73, poz. 392), w związku z art. 21 ust. 1 ustawy o muzeach przez ich niezastosowanie, polegające na przyjęciu, iż pomimo powołania przez zamawiającego w siwz muzealiów jako przedmiotów podlegających konserwacji, zamawiający błędnie przyjął, iż konserwacja objęta jest stawką VAT 23%,
- 4) naruszenie przepisu prawa materialnego art. 24 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na sporządzeniu ogólnego i lakonicznego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego,
- 5) naruszenie zasady równości wykonawców wobec prawa, polegające na odrzuceniu wyłącznie oferty odwołującego z powodu rzekomego błędu w obliczeniu ceny, gdy zgodnie z twierdzeniami zamawiającego, posiada on 14 sztuk maszyn wpisanych do rejestru zabytków przeznaczonych do konserwacji, co do której należałoby zastosować stawkę ZW (zwolnienie z VAT), stawki takiej nie zastosowała firma „Warex” Sp. z o. o. i jej

oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (nie podlegała odrzuceniu).

Mając na uwadze powyższe zarzuty odwołujący wniósł o :

- 1) uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty PPUH „Warex” Sp. z o.o. oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem merytorycznej oceny oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej,

alternatywnie:

- o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty PPUH „Warex” Sp. z o.o. i jej odrzucenie oraz unieważnienie postępowania,
- 2) przyznanie kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł,
- 3) dopuszczenie dowodu ze Statutu Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia w Wałbrzychu oraz wyciągu ze strony internetowej Parku ze wskazaniem, iż w/w przejął zbiory maszyn Muzeum Przemysłu i Techniki w Wałbrzychu, na okoliczność wykazania, iż postępowanie dotyczy konserwacji muzealiów wpisanych do rejestru przejętego Muzeum Przemysłu i Techniki.

Wskazał, że naruszenie interesu odwołującego jest bezsporne, gdyż przy zachowaniu ustawowych zasad udzielania zamówienia, oferta odwołującego z ceną brutto blisko o 300.000 zł niższą od ceny oferty wybranej, jest korzystniejsza. Podniósł, że zgodnie z postanowieniami części IV siwz, w całkowitej cenie ofertowej miały być zawarte wszelkie koszty i składniki związane z zamówieniem, które można było przewidzieć w terminie opracowywania oferty do czasu jej złożenia, a więc również stawka podatku VAT. Podał, że zamawiający w ogłoszeniu o wyborze oferty podał, iż oceniał wyłącznie ceny brutto ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający uzasadnił czynność odrzucenia oferty zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku VAT- ZW, zamiast stawki 23%. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie odwołującego, argumentacja zamawiającego jest niezgodna z ugruntowaną wykładnią wskazanego przepisu ustawy, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w orzeczeniach wskazywała, iż zastosowanie błędnej stawki podatku VAT nie jest błędem w obliczaniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i tym samym odrzucenie oferty na tej podstawie nie jest uzasadnione.

Wskazał jeden z ostatnich wyroków KIO z dnia 28 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 95/11. Przywołał liczne orzeczenia KIO i uchwałę Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 21 lipca 2006 r. III CZP 54/2006 (OSNC 2007/5 poz. 66), gdzie Sąd Najwyższy rozważał zagadnienie wpływu zmian podatku VAT na treść zobowiązania, w szczególności na obowiązek zapłaty ceny (wynagrodzenia), której źródłem jest umowa zawarta przed zmianą stawki VAT.

Ponad wskazane argumenty, odwołujący podniósł, iż obliczając cenę oferty, zastosował

prawidłową stawkę podatku VAT, określając ją jako stawka ZW, która zgodnie z § 43 - 46 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, winna być stosowana, w szczególności do usług polegających na prowadzeniu prac konserwatorskich i restauratorskich ruchomości i nieruchomości „wpisanych do inwentarza muzeum”.

Wskazał, że zamawiający już w samej nazwie zadania opisanego w siwz, określił je jako „Konserwacja muzealiów ze zbiorów Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia w Wałbrzychu - zabytkowych maszyn i urządzeń technicznych z Działu Przemysłu i Techniki”, więc przez użycie określenia „muzealia” wskazywał, iż konserwacja ma dotyczyć urządzeń bądź zabytkowych, bądź wpisanych do inwentarza muzeum.

Wyjaśnił, że termin „muzealia” pochodzi z ustawy o muzeach, w której określono, iż muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości wpisane do inwentarza muzealiów. Uznał, że skoro zamawiający użył specjalistycznego terminu „muzealia”, w ocenie odwołującego, musiał liczyć się z konsekwencjami, również w postaci zastosowania stawki VAT - ZW przypisanej dla konserwacji muzealiów, czyli przedmiotów wpisanych do inwentarza muzeum.

Stwierdził, że jeśli nawet część zabytków podlegających konserwacji nie została wpisana do rejestru zabytków, to i tak są one „muzealiami”, a więc przedmiotami wpisanymi do inwentarza.

Odwołujący wniósł o zwrócenie się do Parku Wielokulturowego Stara Kopalnia w Wałbrzychu o nadesłanie inwentarza i rejestru maszyn-muzealiów, będących przedmiotem konserwacji w postępowaniu, na okoliczność wykazania, iż są to przedmioty wpisane do inwentarza muzeum, w szczególności maszyny przejęte od Muzeum Przemysłu i Techniki w Wałbrzychu.

Ponadto, zwrócił uwagę, że w siwz zamawiający potwierdził, iż zadanie będzie dotyczyło muzealiów lub zabytków wpisanych do rejestru zabytków, gdyż dla wykonania całości zadania wymagał zatrudnienia specjalistów posiadających :

- tytuł zawodowego magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków,
- odbytą, po ukończeniu tych studiów, co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową w zakresie konserwacji i badania zabytków z metalu (wymóg § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. Nr 150, poz. 1579).

Dodał, że zadanie współfinansowane jest przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013, Działanie 11.1 Ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego o znaczeniu ponadregionalnym priorytetu XI Kultura i dziedzictwo kulturowe, zgodnie z umową o dofinansowanie nr POIS. I 1.01.00-00-005/08.

Podkreślił także, iż zamawiający przyznał, że 14 maszyn jest wpisanych do rejestru zabytków, więc nie powinno być w tym zakresie żadnych wątpliwości, co do stosowania stawki VAT - ZW. Skoro wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie zastosował takiej stawki, a przyjął dla całości zadania stawkę 23 %, to jego oferta, w ocenie odwołującego, winna również podlegać odrzuceniu.

Podsumowując podniósł, iż zastosowanie nawet nieprawidłowej stawki VAT nie jest błędem w obliczaniu ceny, zaś cała treść jego oferty jest zgodna z wymaganiami siwz. W szczególności uznał, że zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, z tytułu uznania, iż zadanie ma dotyczyć konserwacji zabytków i muzealiów z zastosowaniem stawki VAT- ZW w sytuacji, gdy sam wprowadził postanowienia siwz jednoznacznie sugerujące, iż zadanie będzie dotyczyło muzealiów i zabytków.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o.o. w Wałbrzychu. W zgłoszeniu przystąpienia wykonawca poparł stanowisko zamawiającego. Podał, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, na które powołuje się odwołujący w sprawie, zatem zwolnienie od podatku jest nieprawidłowe i słusznie zamawiający postąpił odrzucając ofertę.

Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że po przeanalizowaniu przedstawionych w odwołaniu zarzutów, uznaje je w zaproponowanym alternatywnie wniosku, tj. o nakazanie unieważnienia wyboru oferty PPUH „Warex” Sp. z o.o., odrzucenie oferty i unieważnienie przetargu. W uzasadnieniu stanowiska podał, że zgadza się z częścią przedstawionych zarzutów. Przede wszystkim uznał, iż był zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, używając dostatecznie zrozumiałych i dokładnych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uznał, że opis powinien umożliwiać wykonawcom obliczenie ceny oferty, zgodnie z zasadą równego traktowania i zapewniać, by był jednakowo rozumiany.

Podał, że treść siwz oraz projektu umowy, może powodować rozbieżności interpretacyjne, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych ofertach. Inne rozstrzygnięcie postępowania, niż jego unieważnienie, spowoduje ogromne trudności w realizacji umowy, biorąc pod uwagę treść

złożonego odwołania.

Podał, że przyczyną wystąpienia rozbieżności interpretacyjnych w zakresie określenia ceny, było zastosowanie w treści, zarówno siwz jak i umowy sformułowania „muzealia”, wprowadzającego w błąd. Określenie zostało zdefiniowane tylko i wyłącznie w ustawie z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach, gdzie zgodnie z art. 21, muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność muzeum i wpisane do inwentarza muzealiów. W ocenie zamawiającego, wskazana jednoznaczna definicja mogła powodować, iż wykonawcy uznali przedmiot zamówienia za zabytek, co miało miejsce w sprawie.

W siwz i w projekcie umowy nie wyjaśniono, że w postępowaniu nie ma zastosowania ustawa o muzeach, a zamieszczony zwrot został jedynie zapożyczony. Stwierdził ponadto, że dodatkowo przyczynił się do uznania, iż muzealia to zabytki, gdyż w części siwz, gdzie opisano wymagania wobec wykonawców podano, iż winni oni zatrudniać osoby posiadające tytuł zawodowy magistra po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków.

Wskazując na powyższe uznał, iż brak oczywistych zwrotów wyłączających stosowanie ustawy o muzeach, mógł i wprowadził wykonawców w błąd, co do przedmiotu zamówienia, który nie jest w rzeczywistości zabytkiem, ani też przedmiotem znajdującym się w spisie inwentarza, gdyż Park Wielokulturowy Stara Kopalnia w Wałbrzychu nie jest muzeum i nie ma rejestru zabytków, a tylko 14 sztuk urządzeń znajdujących się tam zostało wpisanych do rejestru zabytków. Stwierdził, że popełnił ewidentny błąd, co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia i koniecznym jest jego poprawienie, a co za tym idzie, unieważnienie postępowania.

Konsekwencją wprowadzenia sformułowania, było niepoprawne zastosowanie przez odwołującego się przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, co w ocenie zamawiającego stanowiło błąd w obliczeniu ceny oferty, skutkujący zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Ponadto podał, że odrzucając ofertę, kierował się poprzednim orzecznictwem, jeszcze Zespołów Arbitrów UZP, które w ostatnim czasie uległo zamianie, choćby przywołane w odwołaniu orzeczenia KIO. Uznał, że linia orzecznicza KIO jest jednolita w zakresie nieuprawnionego utożsamiania błędu w obliczeniu ceny oferty z błędną stawką podatku VAT. Zgodził się z argumentacją zawartą w orzecznictwie KIO, jako spójnym i jednolitym, potwierdził więc, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie było uprawnione i nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy.

Stwierdził, że żądanie odwołującego odrzucenia również wybranej oferty jest bezprzedmiotowe, jednak mając na uwadze, iż żądanie unieważnienia postępowania jest

daleko bardziej idące, uznał również odwołanie w tym zakresie.

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Warex” Sp. z o. o., w związku ze zmianą stanowiska zamawiającego i uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i zobowiązaniem się do odrzucenia wybranej oferty uczestnika postępowania i unieważnienia przetargu, wniósł sprzeciw, żądając oddalenia odwołania i obciążenia stron kosztami postępowania odwoławczego, przy uwzględnieniu kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw, w wysokości 3600 zł.

Podniósł, że według jego oceny, z punktu widzenia formalno-prawnego, odpowiedź na odwołanie, a tym samym złożenie oświadczenia woli, zostało dokonane przez osobę nieuprawnioną, bo przez Sekretarza Miasta, a tym samym odrzucenie oferty uczestnika postępowania winno być uznane za bezskuteczne, jak również samo unieważnienie przetargu. Stwierdził, że takie czynności winny być zastrzeżone dla Prezydenta Miasta. Wskazał, że wszystkie pozostałe dokumenty były podpisywane przez przewodniczącego komisji przetargowej, ewentualnie przez Prezydenta.

W ocenie uczestnika postępowania odwoławczego, brak wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty narusza w sposób istotny zasady postępowania przetargowego, w szczególności przez fakt, że zamawiający wskazał odwołującemu podstawy prawne odrzucenia jego oferty, co dało mu możliwość wniesienia odwołania. Podał ponadto, iż zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek z artykułu 93 ust. 1 ustawy, umożliwiających unieważnienie postępowania. Nie wykazał, iż postępowanie obciążone jest wadą, albo został naruszony jakikolwiek przepis ustawy. Nie wykazał także, aby wystąpiła wada, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Uznał, że zamawiający naruszył art. 93 ust. 1, a także art. 7 ustawy.

Według uczestnika postępowania, już na etapie formalno-prawnym, postępowanie zamawiającego jest niedopuszczalne i naruszające jego prawa, a co w przypadku nawet uwzględnienia odwołania, kosztami postępowania winien zostać obciążony zamawiający.

Z ostrożności procesowej, uczestnik postępowania wskazał, iż zmiana stanowiska zamawiającego, co do rozstrzygnięcia postępowania i wyboru oferty uczestnika postępowania odwoławczego, jest niezrozumiała, a przede wszystkim w świetle obowiązującego prawa, w tym właśnie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, nieuzasadniona, a tym samym niedopuszczalna.

Odwołanie winno zostać oddalone, pomimo zmiany stanowiska zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż w sposób mylący opisał przedmiot zamówienia, stwierdził, że wobec błędnej interpretacji rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. o możliwości zastosowania zwolnienia z podatku VAT, wyłącznie przy



spełnieniu określonych przesłanek, które nie zostały spełnione, stanowisko zamawiającego jest nieuprawnione.

Stwierdził więc, iż odwołujący błędnie zastosował stawkę podatku VAT, co zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, stanowiło podstawę odrzucenia jego oferty, a także, że stanowisko, zarówno odwołującego, jak i zamawiającego, po zmianie stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jest niezgodne z przepisami prawa i przyjętą linią orzecniczą.

Zakwestionował stwierdzenie zamawiającego, iż „Każde inne rozstrzygnięcie niniejszego postępowania niż jego unieważnienie spowoduje ogromne trudności w realizacji umowy, biorąc pod uwagę treść złożonego przez PUB Robert Zimny, odwołania”, nie widząc żadnych trudności w realizacji umowy w odniesieniu do wybranej oferty.

Stwierdził, że zwrot „muzealia” w określeniu nazwy przetargu, nie ma znaczenia, zarówno co do ustalenia ceny, jak i warunków oferty, w szczególności biorąc pod uwagę brzmienie wprost tego przepisu zawartego w ustawie o muzeach – „art. 21 ust. 1. Muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność muzeum i wpisane do inwentarza muzealiów. Muzealia stanowią dobro narodowe”.

Ponadto podniósł, że oferty zostały złożone przez profesjonalistów, którzy winni w sposób wszechstronny ustalić warunki, jakie zobowiązani są spełnić, zarówno przy składaniu oferty, jak również jej realizacji. Podniósł, że wykonawcy mieli prawo zadawania pytań zamawiającemu w celu ustalenia wszelkich wątpliwości w zakresie składania ofert i spełnienia warunków zawartych w siwz.

Więc, pomimo uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w całości, uczestnik postępowania sprzeciwił się temu stanowisku i wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego, przy uwzględnieniu kosztów postępowania, w tym kosztów z tytułu zastępstwa procesowego.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

W dniu 14 czerwca 2011 r. faksem i w dniu 16 czerwca 2011 r. pisemnie, zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 14 czerwca 2011 r.), w której uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu i zobowiązał się do wykonania wskazanych w odwołaniu czynności, jako żądania alternatywnego odwołującego. Na posiedzeniu pełnomocnicy zamawiającego potwierdzili oświadczenie złożone w piśmie z dnia 14 czerwca 2011 r., w przedmiocie uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Uczestnik postępowania odwoławczego PPUH „Warex” Sp. z o.o. (jedyne uczestnik postępowania odwoławczego), wniósł na posiedzeniu sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, uzasadniając stanowisko, jak omówiono wyżej.

Zatem, Izba na podstawie przepisu art. 186 ust. 4 ustawy rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Wykonawca FUH Jan Ponitka, wobec niezachowania ustawowego terminu i formy pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, o czym stanowi art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołujący posiada interes, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, złożył bowiem ofertę, której cena, w rozumieniu definicji zawartej w art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy, jest ceną niższą od ceny oferty uczestnika postępowania o 288 356,60 zł (cena oferty odwołującego wynosi 1 790 000 zł, uczestnika postępowania 2 078 356,60 zł). Zatem, odwołujący mógł liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Różnica w cenie i w konsekwencji spór stanowiący przedmiot postępowania odwoławczego, dotyczy zastosowania zwolnienia w podatku VAT przez odwołującego i stawki 23% przez uczestnika postępowania.

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, jako oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny, spowodowany zastosowaniem niewłaściwej, według zamawiającego, stawki podatku VAT.

W celu ustalenia, czy niewłaściwa stawka podatku VAT, stanowi błąd w obliczeniu ceny, zdaniem KIO, należy odnieść się do sposobu obliczenia ceny oferty opisanego w siwz, do czego zobowiązuje zamawiającego przepis art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Zamawiający opisał w pkt IV siwz – ceny ofertowe, waluta ofert, wynagrodzenie - w ust. 2, iż stawka podatku VAT powinna być określona zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W ust. 3 podał, że w całkowitej cenie ofertowej obejmującej całość zamówienia mają być zawarte wszelkie koszty i składniki związane z zamówieniem, które można było przewidzieć w terminie opracowywania oferty do czasu jej złożenia.

Z kolei, w formularzu ofertowym (załączniku do 1 do siwz, wzór formularza oferty), w pkt 4) – wartość wycenionej usługi zgodnie ze specyfikacją (str. 14), żądał podania stawki podatku VAT, wartości netto, kwoty VAT i wartości brutto, wskazując cztery możliwe do zastosowania wielkości – ZW i stawki 0%, 8% i 23%.

Niewątpliwie więc, zamawiający wymagał obliczenia ceny oferty w sposób zgodny z definicją ceny w rozumieniu przywołanego już przepisu ustawy o cenach, z zastosowaniem właściwej,

zgodnej z przepisami stawki podatku VAT odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, wskazując praktycznie trzy stawki podatkowe obok zwolnienia od podatku włącznie.

Zatem, należy uznać, że określając wskazane wymogi, zamawiający zobowiązany był do oceny w toku badania i oceny ofert, poprawności zastosowania stawki podatku VAT, w myśl regulacji zawartych w przepisach podatkowych.

Skoro zatem zamawiający, treścią i kształtem wzoru formularza oferty nałożył na wykonawców obowiązek zaprezentowania zastosowanych stawek lub zwolnień od podatku VAT, winien był w opisie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości podać wszystkie informacje, które mają wpływ dla określenia ceny, w tym ustalenia stawek lub zwolnień od podatku VAT.

Odnosnie nazwy przedmiotu zamówienia i jego zakresu, opisanego w siwz, należy uznać, że istotne znaczenie ma zastosowane przez zamawiającego nazewnictwo – muzealia oraz zbiory zabytkowych maszyn i urządzeń technicznych, nadto postawione wymagania wobec osób, które będą wykonywały zamówienie, a mianowicie zamawiający wymagał zatrudnienia specjalistów posiadających:

- tytuł zawodowego magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków,
- odbyłą, po ukończeniu tych studiów, co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową w zakresie konserwacji i badania zabytków z metalu (wymóg § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury z dnia - czerwca 2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych.

W kontekście przepisów art. 21 ust.1 i 1a ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach, który stanowi, że muzealia są m.in. rzeczy ruchome stanowiące własność muzeum lub podmiotu (w zależności od statusu prawnego), który utworzył muzeum oraz wpisane do inwentarza muzealiów), a także § 43 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 (zwolnienia przedmiotowe) rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, jak potwierdził odwołujący i przyznał zamawiający, należało przyjąć, że zamówienie dotyczy prac konserwatorskich odnośnie zabytków wpisanych do rejestru zabytków i na prowadzenie tych prac zostało wydane pozwolenie wojewódzkiego konserwatora zabytków.

Zwolnienia podmiotowe wynikające z § 43 ust. 3 rozporządzenia, nie były podnoszone jako

mające zastosowanie w sprawie.

Dopiero na rozprawie podniesiono, że w istocie, maszyny i urządzenia techniczne objęte przedmiotem zamówienia, nie są muzealiami w rozumieniu ustawy o muzeach, zaś do rejestru zabytków wpisano 14 maszyn spośród łącznej ilości 254 szt. przewidzianych do konserwacji, więc przedmiot zamówienia w zakresie zastosowania stawki podatku ma charakter mieszany.

Zamawiający również oświadczył, że nie występował o wydanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków na wykonanie zakresu prac.

Niewątpliwie więc zamawiający słusznie uznał, że postanowienia siwz nie zawierały opisów adekwatnych do zakresu faktycznego zamówienia, co wprowadziło wykonawców w błąd, uniemożliwiając im rzetelne i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT.

W ocenie Izby, wystąpienie zróżnicowanych cen ocenianych ofert, w wyniku wprowadzającego wykonawców w błąd opisanego przedmiotu zamówienia i sformułowania żądań w przedmiocie wymaganego wykształcenia i doświadczenia od osób, które będą wykonywały zamówienia wraz z sugestywnym wskazaniem stawek podatku VAT, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest mieszany w zakresie kwalifikacji maszyn i urządzeń do grupy zabytków wpisanych do rejestru, stanowią podstawę uznania, że żadna z zastosowanych stawek VAT w ocenianych ofertach w związku z rozpoznawaniem odwołania, nie jest w pełni właściwa dla rzeczowego zakresu zamówienia.

Stąd powtarzając ocenę ofert, zamawiający powinien przeanalizować wszystkie okoliczności ujawnione na rozprawie, związane z kalkulacją cen ofert, z uwzględnieniem żadanego podatku VAT. Należy uwzględnić również, że opis zawarty w siwz wprowadził w błąd wykonawców, co do rodzaju i zakresu zamówienia, co miało istotny wpływ na zastosowaną stawkę VAT.

Mając powyższe na uwadze, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 2 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:** .....

.....

.....