

Sygn. akt: KIO 2679/12

## WYROK

z dnia 21 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Szafraniec

**Członkowie:** Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: **Ośrodek Szkolenia B..... Sp. z o.o., ul. Energetyków 8, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawców:

- **Jastrzębskie Towarzystwo Gospodarcze Antracyt Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6e, 44-335 Jastrzębie-Zdrój,**
- **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ad Acta Sp. z o.o., ul. Węglowa 11, 44-240 Żory** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** unieważnienie w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2 czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie, w ramach tych zadań, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego wykonawcy: **Jastrzębskie Towarzystwo Gospodarcze Antracyt Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6e, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** z uwagi na fakt, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Ośrodek Szkolenia B..... Sp. z o.o., ul. Energetyków 8, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz wykonawcy: **Ośrodek Szkolenia B..... Sp. z o.o., ul. Energetyków 8, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług szkoleń wstępnych i okresowych oraz szkoleń i kursów podnoszących kwalifikacje dla pracowników Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. (7 zadań (...))” zostało wszczęte przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 165-274247) w dniu 29 sierpnia 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniósł wykonawca Ośrodek Szkolenia B..... Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ad Acta Sp. z o.o. na realizację zadania 7, co stanowiło, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach zadania 1 i 2 wykonawcy: Jastrzębskie Towarzystwo Gospodarcze Antracyt Sp. z o.o.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o „uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr: 1, 2 i 7.
- powtórzenie czynności badania ofert złożonych w toku postępowania w zakresie zadań jw,
- odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ad Acta ” Sp. z o.o. w zakresie zadania nr: 7 w oparciu o art.: 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- wykluczenie z postępowania Jastrzębskiego Towarzystwa Gospodarczego „Antracyt ” Sp. z o.o. w zakresie zadań nr 1 i 2 w oparciu o art.: 24 ust. 2 pkt 3 i 4 i odrzucenie oferty tego Wykonawcy w oparciu o art.: 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr: 1, 2 i 7.

- *uznanie oferty Ośrodka Szkolenia B..... Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju przy ul. Energetyków 8 za najkorzystniejszą w toku rzeczowego postępowania w zakresie zadań nr: 1, 2 i 7.”*

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpili, odpowiednio: w dniu 7 grudnia 2012 r., wykonawca Jastrzębskie Towarzystwo Gospodarcze Antracyt Sp. z o.o., zwany dalej JTG Antracyt, i w dniu 10 grudnia 2012 r., wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ad Acta Sp. z o.o., zwany dalej PW Ad Acta.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone przez Strony i Przystępujących w toku postępowania odwoławczego, w tym również wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, zgodnie z pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), podzielił przedmiot zamówienia na 7 zadań.

W pkt IX.B.3 SIWZ Zamawiający skonkretyzował warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt IX.A.3 SIWZ). Wskazał on, iż „wymagane jest:

- a) dla zadania nr 1: dysponowanie osobami przewidzianymi do wykonania zamówienia na świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia w ilości minimum: 40 osób, posiadających minimum średnie wykształcenie, doświadczenie zawodowe (w postaci minimum 100 godzin lekcyjnych przeprowadzonych szkoleń) oraz wykształcenie pedagogiczne lub ukończony kurs pedagogiczny.*

b) dla zadania nr 2: dysponowanie osobami przewidzianymi do wykonania zamówienia na świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia w ilości minimum: 40 osób, posiadających minimum średnie wykształcenie, doświadczenie zawodowe (w postaci minimum 100 godzin lekcyjnych przeprowadzonych szkoleń) oraz wykształcenie pedagogiczne lub ukończony kurs pedagogiczny.

Ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie X SIWZ.

W przypadku gdy Wykonawca złoży ofertę na zadanie 1 oraz 2 i przedstawi osoby wskazane dla zadania 1 Zamawiający uzna warunek za spełniony dla obu zadań."

W pkt IX.B.4 SIWZ powielił treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt X.5 SIWZ wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w pkt IX.B.3) zostali zobowiązani do złożenia wykazu osób sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 21 do SIWZ oraz przedstawić informację o podstawie dysponowania tymi osobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 18 do SIWZ. Wskazano tam też, że „Wykonawca w celu potwierdzenia niniejszego warunku w zakresie zadania 1 i 2 może dysponować tymi samymi osobami”.

Zgodnie z pkt XXVI.2 SIWZ „cena podana w ofercie: odrębnie dla każdego zadania musi wynikać z <<zestawień rzeczowo-finansowych>>”. W punkcie kolejnym (XXVI.3 SIWZ) wskazano, że powołane zestawienia należy opracować poprzez wypełnienie każdej pozycji odpowiedniego załącznika (od 9 do 15), a wypełniony i podpisany druk należy załączyć do oferty. W pkt XXVI.4 SIWZ, Zamawiający pouczył Wykonawców, iż „prawidłowe ustalenie stawki podatku (VAT) należy do wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku po podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.) [zwanej dalej ustawą o VAT]. Zamawiający nie uzna za oczywistą omyłkę rachunkową i nie będzie poprawiał błędnie ustalonej stawki podatku (VAT)”.

Załącznik nr 15 do SIWZ obejmował 27 pozycji, z których każda poświęcona była innej tematyce szkolenia. W każdej z pozycji podany został zakres szkolenia lub kursu oraz ilość pracowników przewidzianych do uczestnictwa. Wykonawca zobowiązany został do wpisania ceny netto za szkolenie/kurs jednego pracownika oraz wartość netto szkolenia/kursu pracowników przewidzianych do uczestnictwa w danej pozycji. Ponad tak sporządzoną tabelą pozostawiono miejsce na wpisanie odpowiedniej stawki podatku VAT.

W piśmie z 19 października 2012 r. Zamawiający wskazał na trzy kursy, spośród wymienionych w zestawieniu, odnośnie do których konieczne jest zatwierdzenie przez organy nadzoru górniczego (pozycja 13, 25 i 27 zestawienia w załączniku nr 15 do SIWZ).

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły odpowiednio: na zadanie 1 – 4 ofert, zadanie 2 – 4 oferty, zaś na zadanie 7 – 2 oferty.

Pismem z dnia 15 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę: PW Ad Acta m.in. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści pkt 9 oferty zawartego na jej 7 stronie, gdzie zawarte zostało oświadczenie, iż w zaoferowanej cenie zawarta jest stawka 23% i 0%, przy czym Zamawiający zauważył, iż w uzupełnionym zestawieniu rzeczowo-finansowym (strona 186) wskazano na stawkę 23%. Wykonawca został zobowiązany do wskazania, jaka stawka VAT została przypisana poszczególnym pozycjom w zadaniu nr 7.

Wykonawca: PW Ad Acta w dniu 21 listopada doręczył Zamawiającemu żądane wyjaśnienia. Oświadczył w nich, iż stawka podatku VAT w wysokości 23% dotyczy pozycji od 1 do 10 oraz pozycji 23, natomiast do pozostałych, tj. od 11 do 22 oraz od 24 do 27 nie zostanie doliczony podatek VAT.

Pismem z dnia 28 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze w każdej z siedmiu części oferty najkorzystniejszej. W części 1 i 2 wybrana została oferta złożona przez JTG Antracyt, zaś w części 7 – oferta złożona przez PW Ad Acta. W każdej z tych części oferty złożone przez Odwołującego sklasyfikowane zostały na drugiej pozycji.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty w części znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty złożonej przez JTG Antracyt.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał w sposób wystarczający, iż wykonawca: JTG Antracyt zawarł w dokumentach złożonych Zamawiającemu wraz z ofertą informacje nieprawdziwe.

Nie było sporne między Stronami, a potwierdzał to też Przystępujący: JTG Antracyt, że wykonawca ten, w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, złożył wraz z ofertą sporządzony zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ wykaz obejmujący wskazanie na 48 osób mających prowadzić szkolenia objęte przedmiotem zamówienia.

W formularzu oferty w pkt 3 i 4 złożonym przez JTG Antracyt zawarte zostało oświadczenie: „*zamówienie zrealizujemy sami*”, do oferty nie zostało dołączone oświadczenie zawarte we wzorze stanowiącym załącznik nr 18 do SIWZ. Okoliczności te potwierdzały, iż wykonawca ten nie zamierzał polegać na potencjale innych podmiotów, ani na etapie wykazywania spełnienia warunku, ani też na etapie realizacji zamówienia. W toku rozprawy przez Izbą podkreślał on, iż samodzielnie posiada odpowiedni potencjał umożliwiający mu zrealizowanie zamówienia. Analiza stanowisk Stron pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż nie było sporu między Stronami co do faktu, iż Przystępujący nie powoływał się na potencjał innych podmiotów, a tym samym twierdził, iż samodzielnie, bez pośrednictwa osób trzecich, dysponuje osobami ujawnionymi w wykazie.

Przedstawione przez Odwołującego pisemne oświadczenia złożone przez 13 spośród 48 osób wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą przez JTG Antracyt pozwalają uznać, iż informacje zawarte w tym wykazie nie odpowiadają prawdzie. Co ważne, Izbie nie zostały przedstawione dowody przeciwne. W każdym z powołanych 13 oświadczeń zawarte zostało stwierdzenie, iż JTG Antracyt podało imię i nazwisko osoby składającej to oświadczenie bez jej zgody i wiedzy w celu wykazania spełnienia warunku ustanowionego dla zadania nr 1 i 2, a ponadto informacja, iż osoba ta nie prowadzi wykładów w zakresie bhp w szkoleniach prowadzonych przez tę firmę. Co istotne Przystępujący: JTG Antracyt nie kwestionował tożsamości osób składających powołane oświadczenia, co więcej argumentował, że 5 spośród nich w późniejszym terminie (kilka dni po złożeniu oświadczeń, które przedstawił Odwołujący), zgodziło się jednak świadczyć na jego rzecz szkolenia. Na marginesie w tym miejscu należy jedynie wskazać, że wykonawca jest zobowiązany wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym dysponuje odpowiednimi osobami, najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert. Tym samym uzyskanie zgody wykazywanych osób w terminie późniejszym, nie może zostać uznane za istotne w rozpoznawanym przypadku. Ważnym bowiem jest to, że JTG Antracyt składając ofertę, a wraz z nią wykaz osób, i twierdząc, że dysponuje on wskazanymi w niej 48 osobami,

nie był do tego uprawniony w odniesieniu do 13 spośród tych osób. Tym samym zawarł w złożonych Zamawiającemu dokumentach informacje nieprawdziwe.

Z uwagi na treść warunku, w szczególności na fakt, iż aby potwierdzić jego spełnienie należało wykazać się dysponowaniem co najmniej 40 osobami, należało też uznać, iż informacje te miały istotny charakter. Pozwoliły przyjąć Zamawiającemu, że JTG Antracyt spełnia warunek udziału w postępowaniu w ramach zadania 1 i 2, wynikiem czego zaliczył on ofertę tego wykonawcy w poczet podlegających ocenie zgodnie z kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej i ostatecznie wybrał w każdym z tych dwóch zadań oferty JTG Antracyt. Tym samym zawarcie w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu powoływanych informacji miało wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Odwołujący wykazał spełnienie się obu przesłanek wykluczenia JTG Antracyt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, udowodnił on bowiem, że wykonawca ten zawarł w złożonych Zamawiającemu dokumentach informacje nieprawdziwe, a także to, że informacje te miały wpływ na wynik toczącego się postępowania w ramach zadania 1 i 2.

Przesądzenie o zrealizowaniu się obowiązku wykluczenia w odniesieniu JTG Antracyt na podstawie powołanego przepisu, pozwoliło stwierdzić Izbie, że nie mogły znaleźć w tym przypadku zastosowania przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, które Odwołujący przywoływał w kontekście tej samej czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta wykonawcy wykluczonego zostaje uznana za odrzuconą, stąd też w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający nie ma potrzeby powoływać się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, aby zasługiwały na uznanie podnoszone przez niego zarzuty odnoszące się do dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty złożonej przez PW Ad Acta.

Spornym między stronami było to, który z przepisów ustawy o podatku VAT powinien w odniesieniu do Przystępującego: PW Ad Acta znaleźć zastosowanie. W ocenie Odwołującego za właściwy uznać należało art. 43 ust. 1 pkt 26) lit. a) ustawy o podatku VAT, tymczasem zdaniem Zamawiającego oraz samego Przystępującego: PW Ad Acta, był on uprawniony do powołania się na przepis art. 43 ust. 1 pkt 29) ustawy o podatku VAT, a i to z pewnymi ograniczeniami – nie w odniesieniu do wszystkich szkoleń objętych przedmiotem zamówienia. Co istotne Odwołujący nie odnosił się do regulacji zawartej



w art. 43 ust. 1 pkt 29) ustawy o podatku VAT, przyjmując, iż jedynym właściwym jest przepis przez niego przywoływany.

Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających przesądzić o uwzględnieniu podnoszonych przez niego zarzutów.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 26) lit. a) ustawy o podatku VAT zwolnione od podatku są usługi świadczone przez jednostki objęte systemem oświaty w rozumieniu przepisów o systemie oświaty, w zakresie kształcenia i wychowania. W ocenie Odwołującego szkolenia oferowane przez Przystępującego: PW Ad Acta mieściły się w tej regulacji. Twierdził on bowiem, że Przystępujący jest jednostką objętą systemem oświaty w rozumieniu przepisów o systemie oświaty, zaś oferowane przez niego szkolenia są usługami w zakresie kształcenia. Co istotne przyjmował on, iż powołany przepis dopuszcza możliwość, aby usługi do którego się on odnosi, świadczone były w zakresie kształcenia lub wychowania, a zatem aby te dwie cechy świadczonej usługi mogły występować samodzielnie.

Nie było sporu między Stronami, a okoliczność ta była również potwierdzona przez Przystępującego: PW Ad Acta, iż wykonawca ten jest jednostką objętą systemem oświaty w rozumieniu przepisów o systemie oświaty – posiada on status placówki kształcenia ustawicznego, a zgodnie z art. 2 pkt 3a ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.) placówki takie obejmuje system oświaty.

Dla oceny spełnienia przesłanek skorzystania ze zwolnienia od podatku VAT konieczne było zatem przesądzenie spełnienia w odniesieniu do oferowanych przez Przystępującego szkoleń drugiej z przesłanek ustanowionych przepisem art. 43 ust. 1 pkt 26) lit. a) ustawy o podatku VAT. Izba nie podzieliła poglądu wyrażanego na tym polu przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego, z uwagi na fakt, iż przepis ten jako ustanawiający wyjątek od zasady (konstytuujący zwolnienie od podatku VAT), powinien być interpretowany ściśle, nie zaś rozszerzająco. Dlatego też wobec brzmienia przepisu i zawartego w nim wskazania na „*usługi świadczone (...) w zakresie kształcenia i wychowania*”, brak było podstaw, aby uznać, że usługi, do których przepis ten się odnosi, mogą być świadczone w zakresie tylko kształcenia lub tylko wychowania. Zdaniem składu orzekającego takie rozumienie powołanego przepisu wyłącza użyty w jego treści spójnik „i” oznaczający koniunkcję, nie zaś alternatywę łączną, jak chciałby tego Odwołujący (dla przyjęcia takiej możliwości koniecznym było użycie spójnika „lub”). Wobec jednoznacznej treści przepisu Izba uznała, iż pierwszeństwo należy nadać jego wykładni literalnej. Przedstawione przez Odwołującego interpretacje wydane zostały na wniosek innych podmiotów i nie odnoszą się bezpośrednio

do rozpoznawanego przypadku. Tym samym nie mogą one zostać uznane za takie, które rodzą jakikolwiek skutek dla Przystępującego: PW Ad Acta, a zatem takie, które mogłyby wpłynąć na dokonaną przez Izbę ocenę.

Istotną okolicznością jest, że Odwołujący nie odnosił się do regulacji zawartej w art. 43 ust. 1 pkt 29) ustawy o podatku VAT, przyjmując, iż jedynym właściwym jest przepis przez niego przywoływany, tj. art. 43 ust. 1 pkt 26) lit. a) ustawy o podatku VAT. Uwzględniając fakt, iż Odwołujący, w ocenie Izby, nie udowodnił, że Przystępujący: PW Ad Acta obowiązany był w odniesieniu do pełnego zakresu swojej oferty zastosować normę zawartą w przepisie art. 43 ust. 1 pkt 26) lit. a) ustawy o podatku VAT, Izba uznała, iż nie miała podstaw do tego, aby kwestionować prawidłowość powoływania się przez PW Ad Acta na art. 43 ust. 1 pkt 29) ustawy o podatku VAT. Tym bardziej, iż przedstawił on wystawioną na jego wniosek i odnoszącą się do niego interpretację indywidualną, której prawidłowości Odwołujący nie podważył. Nie można bowiem uznać za należycie udowodnione sformułowanych w tym zakresie przez Odwołującego twierdzeń nie popartych żadnymi dowodami. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Przystępujący: PW Ad Acta nie był uprawniony do zastosowania, zgodnie ze złożonymi przez niego Zamawiającemu wyjaśnieniami, do części szkoleń zwolnienia od podatku, do pozostałej zaś części stawki podstawowej (23%).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż składanie przez PW Ad Acta wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny i zastosowanych stawek było niedopuszczalne, Izba nie podzieliła oceny dokonanej przez Odwołującego. Prawem Zamawiającego jest bowiem wyjaśnienie wszelkich wątpliwości, jakie poweźmie on w związku z analizą ofert mu złożonych, tym samym nie można czynić w rozpoznawanym przypadku zarzutu Zamawiającemu, iż z tego prawa skorzystał. Także złożone przez wykonawcę: PW Ad Acta wyjaśnienia, nie wprowadziły zmian w sposobie pierwotnie dokonanej przez niego kalkulacji ceny ofertowej. Skonfrontowanie treści złożonych wyjaśnień, z treścią zestawienia rzeczowo-finansowego zawartego na stronach 186 i 187 oferty (w szczególności poprzez dokonanie odpowiednich obliczeń), pozwala stwierdzić, iż pierwotnie skalkulowana cena ofertowa zawiera w sobie podatek VAT obliczony z zastosowaniem stawek przyjętych zgodnie z informacją zawartą na stronie 7 oferty, co zostało potwierdzone treścią złożonych wyjaśnień.

Zasadnie podnosił Odwołujący, iż odrębne instytucje na gruncie ustawy o podatku VAT stanowią stawka 0% i zwolnienie od podatku VAT. Faktem też jest, że dokumenty złożone przez Przystępującego: PW Ad Acta potwierdzają, iż przy obliczaniu ceny uwzględnił on *de facto* zwolnienie od podatku VAT przysługujące mu na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29) ustawy o podatku VAT, nie zaś stawkę 0% jak to wskazał w treści oferty, a później również

w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Pozwala to stwierdzić, że przyjął on błędną stawkę podatku VAT. Niemniej, w ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku fakt ten nie uzasadniał odrzucenia oferty złożonej przez PW Ad Acta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 52/11 Zamawiający jest zobowiązany badać, czy wykonawca prawidłowo przyjął w ofercie stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest elementem cenotwórczym, mającym niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Działanie takie ma zapewnić stan porównywalności ofert, z uwzględnieniem uczciwej konkurencji, tak aby nie zostało zaburzone dokonywanie oceny ofert, w których ceny byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. Co ważne, w ocenie Sądu Najwyższego, działania dokonywane przez Zamawiającego ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej.

Uwzględniając powołane stanowisko Sądu Najwyższego, i wywiedzioną z niego funkcję normy zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp (zapobieżenie zaburzenia czynności oceny ofert poprzez uwzględnienie w procesie oceny oferty, która uwzględnia błędną stawkę podatku VAT), Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanym przypadku przyjęcie przez PW Ad Acta w sposób nieuzasadniony stawki 0% podatku VAT, zamiast uznania, iż usługi te są zwolnione od tego podatku, nie zaburzyło stanu porównywalności ofert. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp ceną oferty jest cena brutto – kwota, którą Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić Wykonawcy w zamian za dostarczane mu dobro lub świadczoną usługę. W rozpoznawanym przypadku wysokość ceny brutto, czy to przy uwzględnieniu w niej stawki 0%, czy też zwolnienia od podatku, nie ulegnie zmianie. W obu przypadkach w procesie oceny oferty uwzględniana byłaby cena równa kwocie w tej samej wysokości, dlatego też w każdym z tych dwóch przypadków oferta ta osiągnęłaby tę samą pozycję w rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w rozpoznawanym przypadku nie zostało wykazane, aby naruszony został przez Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....