

**Sygn. akt: KIO 1436/13**

**WYROK**  
**z dnia 10 lipca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Prowadzisz

**Protokolant:** Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 roku przez Wyższą Szkołę Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Mjr H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie z siedzibą przy ulicy Kanoniczej 25, 31-002 Kraków

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Mjr H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Wyższą Szkołę Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Mjr H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania.

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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Opracowanie elektronicznej wersji kwestionariuszy ocen nauczycieli akademickich i pracowników nie będących nauczycielami akademickimi oraz przeprowadzenie szkoleń dla kadry oceniającej i ocenianych pracowników z zakresu prowadzenia ocen*

Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę 60 975,61 zł netto (15 169,57 euro) tj. mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 maja 2013 roku numer ogłoszenia: 79081.

11 czerwca 2013 roku Zamawiający, za pismem z 10 czerwca 2013 roku, ogłosił wynik postępowania informując, że w postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę nr 2 tj. AG TEST HR Z..... F....., P..... Spółka jawna z siedzibą w Krakowie oraz poinformował, że odrzucono ofertę nr 1 Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie tj. ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał: *Oferta Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca wbrew obowiązującym przepisom prawa podatkowego nie zastosował właściwej stawki podatku od towaru i usług dokonując obliczenia ceny ofertowej. Tego rodzaju błąd nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

17 czerwca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku wadliwego uznania wystąpienia błędu w obliczeniu ceny,
- naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy wbrew przepisom ustawy w wyniku nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego,
- naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy przez nie podanie po wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu niezastosowania właściwej stawki podatku VAT,
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm prawem przepisanych

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pismem z dnia 10.06.2013 (doręczonym odwołującemu się w dniu 11.06.2013) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny polegał, wg Zamawiającego, na nie zastosowaniu właściwej stawki VAT.

Takie podejście Zamawiającego w ocenie Odwołującego nie zasługuje na ochronę prawną oraz narusza powołane przepisy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykształcił się, słuszny pogląd, że „za *absolutnie niedopuszczalną należy uznać praktykę odrzucania ofert, których stawka podatku VAT w odniesieniu do przedmiotu została określona w sposób prawidłowy.*” (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1.02.2011, Sygn. akt: KIO 125/11). W powołany wyroku dostrzeżono okoliczność, że to oferent jest odpowiedzialny za właściwe określenie stawki VAT. Ewentualne błędy oferenta, skutkują jego odpowiedzialnością podatkową bądź karnoskarbową.

*Cena, w skład której wchodzi podatek od towarów i usług (kwota tego podatku ustalona w wyniku zastosowania właściwej stawki) jest kategorią w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia. Wniosek powyższy znajduje wprost umocowanie w brzmieniu art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którymi do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej oraz że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W kontekście powyższego, wskazanie stawki podatku od towarów i usług staje się elementem oświadczenia woli wykonawcy w części dotyczącej zaoferowanej ceny i jako takie oświadczenie woli (w myśl art. 60, 66 § 1 k.c.) nie może być przez drugą stronę transakcji kwestionowane. W powyższym zakresie wskazanie ceny w ofercie, za jaką wykonawca godzi się wykonać zamówienie, zgodnie z zawartymi w SIWZ oczekiwaniami zamawiającego, składa się zatem na oświadczenie woli tego wykonawcy, przy czym - ze wskazanych wyżej względów treścią tego oświadczenia objęta jest także stawka podatku od towarów i usług, bowiem tylko ten wykonawca może decydować o zastosowaniu tej lub innej stawki tego podatku. Jeżeli zatem intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług (w braku w tym względzie wytycznych zamawiającego), to rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią.*

*Ewentualne przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny należy zatem uznać za nadmierne przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę normowania prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (co wynika z art. 2 pkt. 13 i art. 14 ustawy Pzp). Przepisy Kodeksu cywilnego sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano nie przewidują, a strony czynności nie są zobowiązane do kontrolowania prawidłowości wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych. (z uzasadnienie powołanego wyroku z 1.02.2011).*

Cytowane rozważania można w pełni odnieść także do zwolnienia z podatku VAT. Zastosowanie zwolnienia podatkowego, podobnie jak zastosowanie określonej stawki tego podatku mieści się w zakresie dyspozytywnych czynności oferenta i nie może być kwestionowane przez Zamawiającego. Już choćby z ww. wskazanych powodów, odrzucenie oferty odwołującego się narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ustawy.

Niezależnie od powyższego, odwołujący prawidłowo zastosował zwolnienie podatkowe

do oferowanych usług. Do odwołującego ma zastosowanie przepis § 13 ust. 1 pkt 19 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2013r., poz. 247), który stanowi, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie kształcenia, inne niż wymienione w art. 43 ust. 1 pkt 26 ustawy, świadczone przez uczelnie, jednostki naukowe Polskiej Akademii Nauk oraz instytuty badawcze oraz świadczenie usług i dostawę towarów ściśle z tymi usługami związane. Powołany przepis reguluje zwolnienie podatkowe o charakterze podmiotowo-przedmiotowym, tzn. zwolnienie obejmujące konkretne usługi, ale tylko wówczas, gdy są świadczone przez wskazane podmioty. A to oznacza, że te same usługi świadczone przez inne podmioty będą podlegać opodatkowaniu. Dla zakresu analizowanego zwolnienia nie ma znaczenia ani to, z jakich środków usługi są finansowane, ani też czy są to szkolenia specjalistyczne czy też niespecialistyczne.

Nie może ulegać wątpliwości, że szkolenie jest usługą w zakresie kształcenia, a taką usługę zamówił Zamawiający. Odwołujący, będący uczelnią, nie mógł do ceny netto usługi określonej jako „przeprowadzenie szkoleń dla oceniających i ocenianych z zakresu prowadzenia ocen” doliczyć podatku VAT, gdyż obowiązuje go zwolnienie podatkowe.

Zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego się z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, polegający nie zastosowaniu właściwej stawki VAT. Po pierwsze z tego względu, że zastosowanie stawki VAT czy też zwolnienia podatkowego nie może być uznane za błąd w obliczeniu ceny, gdyż stanowi element oświadczenia oferenta. Po drugie, dlatego że odwołujący prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, zastosował zwolnienie podatkowe, a inaczej postąpić nie mógł.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 czerwca 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający 4 lipca 2013 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe stanowiące odpowiedź na odwołanie. Odwołujący, 8 lipca 2013 roku, na rozprawie złożył *Pismo Odwołującego*.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 - *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne* - w zw. z art. 7 ustawy przez nie podanie po wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, poprzestając na ogólnym stwierdzeniu niezastosowania właściwej stawki podatku VAT Izba uznała, że zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający w piśmie datowanym na 10 czerwca 2013 roku podał:

*Oferta Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca wbrew obowiązującym przepisom prawa podatkowego nie zastosował właściwej stawki podatku od towaru i usług dokonując obliczenia ceny ofertowej. Tego rodzaju błąd nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby powyższe uzasadnienie zawiera zarówno podstawę prawną jak i faktyczne uzasadnienie decyzji Zamawiającego, jest uzasadnieniem wyczerpującym i jednoznacznym. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że Zamawiający obowiązany był wskazać dlaczego obliczenie jest błędne, a nie wskazał tego ograniczając się jedynie do wskazania, że zastosowany jest nie właściwy VAT. Zaznaczyć należy, że na Zamawiającym ciąży obowiązek podania informacji stanowiących podstawę odrzucenia oferty, co też Zamawiający uczynił.*

W tym miejscu Izba wskazuje, że wszelkie okoliczności faktyczne, które nie zostały przez Zamawiającego wyartykułowane jako podstawa podjętej decyzji nie poddają się ocenie i pozostają poza kontrolą Izby. Tym samym Izba nie bada podnoszonych przez Zamawiającego w piśmie z 2 lipca 2013 roku informacji, które nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Jednakże należy zaznaczyć, że obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne i całościowe dokonywanie oceny oferty a w konsekwencji podawanie wszystkich przyczyn odrzucenia oferty z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny* - w zw. z art. 7 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku wadliwego uznania wystąpienia błędu w obliczeniu ceny Izba uznała zarzut za niezasadny. Rozpoznając ten zarzut w pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadniczym przedmiotem zamówienia jest elektroniczna wersja kwestionariuszy oceny nauczycieli akademickich i pracowników nie będących nauczycielami akademickimi czyli dostawa towarów w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. nr 177 poz. 1054 ze zmianami; dalej ustawa o VAT). Szkolenia dla kadry oceniającej stanowią natomiast usługi kształcenia zawodowego. Na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy o VAT ustawodawca przewiduje zwolnienie podatkowe dla tego typu usług ale zwolnienie to może mieć miejsce, gdy usługa szkoleniowa stanowi wyłączny lub co najmniej podstawowy przedmiot zamówienia. Zgodnie z art. 43 ust. 17 ustawy o VAT wyłączone spod zwolnienia są takie usługi szkoleniowe, które nie są niezbędne do realizacji usługi podstawowej.

W rozpoznawanej sprawie niewątpliwe usługi szkoleniowe są ściśle powiązane z głównym, podstawowym przedmiotem zamówienia czyli elektroniczną wersją kwestionariuszy oceny nauczycieli akademickich i pracowników nie będących nauczycielami akademickimi. Zwolnienia podatkowe należy traktować jako wyjątek od zasady powszechności opodatkowania ustanowionej w art. 84 Konstytucji RP, tym samym nie można wyklądać ich rozszerzająco.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, za pismem z 21 maja 2013 roku, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy (w tym przypadku było to pytanie zadane przez Odwołującego) udzielił następującej odpowiedzi: *Tak, zadanie jest finansowane w co najmniej 70 % ze środków publicznych, jednakże przedmiotem zamówienia nie są szkolenia specjalistyczne korzystające ze zwolnienia podatkowego w podatku od towarów i usług.* Tym samym Zamawiający jednoznacznie przesądził o tym, że usługa szkoleniowa powinna zostać opodatkowana. Należy mieć na względzie również, że wyjaśnienia jakich dokonuje Zamawiający są wiążące dla wykonawców oraz stanowią część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). W dokumentacji postępowania w SIWZ w punkcie 15. *Opis sposobu obliczenia ceny* w podpunkcie 15.1 Zamawiający wskazał, że *wykonawca poda cenę obejmującą zakres zamówienia opisanego w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia.* W części III – *Opis przedmiotu zamówienia*, w punkcie 2 (strona 18 SIWZ, ostatni akapit) Zamawiający podał: *Szkolenia mają być narzędziem wdrażania procedury systemu oceny i mają być komplementarne ze specyficznymi założeniami systemu ocen Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie.* Powyższe wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający odniósł się w dokumentacji postępowania do tego, że usługi szkolenia objęte zamówieniem nie korzystają ze zwolnienia podatkowego w podatku od towarów i usług. Zaznaczyć należy również, że Zamawiający w SIWZ nie podał jaką stawką podatku mają zostać objęte usługi szkoleniowe. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 roku (sygn. akt III CZP 53/11) czytamy: *Jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr. z.p.,(...). Oferta zawierająca niezgodną obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.* Uwzględnivszy, że Zamawiający nie określił stawki podatku w SIWZ oraz fakt, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że *przedmiotem zamówienia nie są szkolenia specjalistyczne*



*korzystające ze zwolnienia podatkowego w podatku od towarów i usług należy wskazać, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty w postępowaniu była prawidłowa.*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy wbrew przepisom ustawy w wyniku nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za niezasadny. W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia

zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* To na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są zasadne i na ich podstawie Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy oraz dokonał wyboru oferty z uchybieniem kryteriów oceny ofert wskazanym w SIWZ. Odwołujący nie udowodnił powyższego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3

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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....