

Sygn. akt: KIO/UZP 959/08

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 września 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~<sup>\*</sup> w dniu ~~Aw-dniach~~<sup>\*</sup> 23 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Hydrotechnika - Colcrete von Essen Sp. z o.o., Colcrete - von Essen GmbH & Co. KG, 71 - 700 Szczecin ul. Ludowa 7- 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, 70 - 030 Szczecin, ul. Tama Pomorzańska 13A** protestu ~~protestów~~<sup>\*</sup> z dnia 19 sierpnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o., 71 - 431 Szczecin, ul. Ogińskiego 14a/1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Hydrotechnika - Colcrete von Essen Sp. z o.o., Colcrete - von Essen GmbH & Co. KG, 71 - 700 Szczecin ul. Ludowa 7- 8**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Hydrotechnika - Colcrete von Essen Sp. z o.o., Colcrete - von Essen GmbH & Co. KG.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Hydrotechnika - Colcrete von Essen Sp. z o.o., Colcrete - von Essen GmbH & Co. KG.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Skład orzekający Izby na posiedzeniu ustalił, że została wypełniona przesłanka, skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z powyższym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W przedmiotowej sprawie miało miejsce ostateczne rozstrzygnięcie protestu w rozumieniu art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, tj. z dniem wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 05.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 750/08. Przedmiotowy wyrok został wydany w sprawie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do

którego zostało wniesione aktualnie rozpatrywane przez KIO odwołanie i stronami tego postępowania były te same strony co obecnie.

Powyższe orzeczenie nie było przedmiotem skargi do sądu okręgowego na podstawie art. 194 ust.1 ustawy Pzp, co Konsorcjum: Hydrotechnika - Colcrete von Essen Sp. z o.o., Colcrete - von Essen GmbH & Co. KG, zwane dalej Odwołującym, oświadczyło na posiedzeniu.

W przywołanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie jednak wypowiedział się o zasadności oparcia się, przy rozstrzygnięciu właściwej stawki podatku od towarów i usług VAT, na indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego. Potwierdza to następujący fragment tego wyroku:

„W ocenie KIO wykonawca, który posługuje się pisemną interpretacją indywidualną przepisów prawa podatkowego, wydaną przez uprawnione do tego organy podatkowe, gdzie w treści decyzji organ literalnie odniósł się do przedmiotu prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, nie może ponosić ujemnych skutków prawnych z tytułu podporządkowania się rozstrzygnięciu zawartemu w interpretacji. Interpretacja organu podatkowego może być wyeliminowana z obrotu prawnego w postępowaniu skargowym przed sądami administracyjnymi, bądź przez Ministra Finansów na podstawie art. 14 e § 1 Ordynacji podatkowej.

W przedmiotowej sprawie, Przystępujący do postępowania złożył interpretację organu podatkowego, której prawidłowości nikt skutecznie nie podważył w trybie wynikającym z przepisów prawnych.

Mając powyższe na uwadze, KIO uznała, że Zamawiający oceniając oferty powinien był wyeliminować z postępowania, oferty z niewłaściwą stawką podatku VAT w świetle dokonanych ustaleń i dopiero dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Ten fragment wyroku przesądził o tym, że prawidłowe jest uznanie stawki podatku od towarów i usług VAT, która wskazana jest w pisemnej interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego, wydanej przez uprawnione do tego organy podatkowe, a taką, w ocenie składu orzekającego Izby wydającego wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 750/08, złożył Przystępujący. Tym samym przywołany wyrok KIO nakazywał Zamawiającemu dokonanie czynności badania i oceny ofert pod kątem wyeliminowania z postępowania ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny, opierając się na indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu orzeczenia, które oferty są obarczone tym błędem (w tym przypadku oferty z 22% stawką VAT, a więc również oferta Odwołującego).

Wykonując wyrok KIO (sygn. akt: KIO/UZP 750/08) Zamawiający, opierając się na ustaleniach składu orzekającego Izby, uznał za właściwą stawkę podatku od towarów i usług

VAT, wynikającą z Decyzji Dyrektora Izby Skarbowej w Szczecinie (0%) i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z tą stawką, tj. oferty Przystępującego, jednocześnie również odrzucając ofertę z błędną - wedle ustaleń KIO z dnia 5 sierpnia 2008 r. - stawką VAT (22%).

Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący nie przedstawił na etapie wcześniejszego postępowania odwoławczego lub też w trybie postępowania skargowego na przywołany wyżej wyrok KIO odmiennej indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego, wskazującej na zasadność zastosowania w niniejszym postępowaniu stawki 22% VAT, a miał do tego prawo. Brak przedstawienia dowodu na etapie wcześniejszego postępowania odwoławczego oraz niezaskarżenie wyroku KIO przez odwołującego pozbawia go szansy na tym etapie do obrony swoich praw. Przepisy ustawy Pzp zakładają bowiem kumulację postępowania odwoławczego i w sytuacji, gdy wydany wyrok KIO narusza, choćby w części, prawa strony, winien on być zaskarżony w trybie instancyjnym na podstawie art. 194 i nast. ustawy Pzp. Przepisy zakładają brak możliwości kwestionowania czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a z taką sytuacją w tym zakresie bez wątpienia mamy do czynienia. Zamawiający czynności badania i oceny ofert dokonał zgodnie z treścią przywołanego wyroku KIO. Zgodność tą należy rozpatrywać w świetle całego orzeczenia KIO, a więc tak sentencji, jak również uzasadnienia tego orzeczenia.

Zgodnie bowiem z treścią § 28 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 187 poz. 1326) zwanego dalej: „rozporządzeniem” orzeczenie Izby zawiera :

- 1) nazwę orzeczenia;
- 2) miejsce i datę jego wydania;
- 3) oznaczenie składu orzekającego, stron oraz uczestników postępowania odwoławczego;
- 4) rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego się albo odwołujących się oraz o kosztach postępowania odwoławczego;
- 5) uzasadnienie;
- 6) pouczenie o możliwości wniesienia skargi na orzeczenie;
- 7) podpisy wszystkich członków składu orzekającego.

Punkty 1 - 4 § 28 ust. 1 rozporządzenia stanowią sentencję orzeczenia. Jak wynika z wskazanego wyżej enumeratywnego wyliczenia elementów orzeczenia w sentencji wyroku - Izba nie rozstrzyga o zarzutach stron, ale o ich żądaniach.

Uwzględniając powyższe brak jest natomiast możliwości zawarcia w sentencji orzeczenia sformułowania jak np.: „uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego ....., a oddała w zakresie zarzutu dotyczącego i nakazuje (...)”. O zasadności zarzutów Izba wypowiada się

bowiem w uzasadnieniu wyroku zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, na podstawie którego Izba wskazuje podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, w tym faktów, które uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej oraz wskazuje podstawę prawną wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Stanowisko, iż podobnie jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak i skargę do sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się tylko od rozstrzygnięcia, a nie od jego uzasadnienia, zważywszy na poczynione powyżej wyjaśnienia, nie jest słuszne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 20 lutego 2007 r.; sygn. akt: X Ga 5/07).

Jeżeli w ocenie Odwołującego wskazana na wstępie postanowienia część uzasadnienia wyroku KIO z dnia 05.08.2008 r., naruszała jego interes prawny, to Odwołujący mógł złożyć w tym zakresie skargę do właściwego sądu okręgowego, czego, jak oświadczył na posiedzeniu, nie uczynił.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ w przepisie tym mowa o powoływaniu się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, podczas gdy odwołanie z dnia 01.09.2008r. odnosi się do nowej czynności Zamawiającego, tj. do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, co stanowi inne okoliczności niż te, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze ~~wyrok~~ postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*