

**WYROK**

**z dnia 3 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012 r. przez wykonawcę M..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: MBUD M..... B....., ul. Straganiarska 28/30, 80-837 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez "Gdańskie Melioracje" Spółka z o.o., ul. Łąkowa 35/38, 80-743 Gdańsk, przy udziale wykonawcy - Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A., ul. Solec 103, 00-382 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę M..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: MBUD M..... B..... z siedzibą w Gdańsku oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
  
2. kosztami postępowania obciąża "Gdańskie Melioracje" Spółka z o.o., ul. Łąkowa 35/38, 80-743 Gdańsk i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M..... B.....

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: MBUD M..... B..... z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od "Gdańskie Melioracje" Spółka z o.o., ul. Łąkowa 35/38, 80-743 Gdańsk na rzecz M..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: MBUD M..... B..... z siedzibą w Gdańsku kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gdańskie Melioracje Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie prac pielęgnacyjno – konserwatorskich przy siedmiu fontannach na terenie miasta Gdańska (część pierwsza) i prac przy zabytkowej fontannie Neptuna w Gdańsku (część druga).

W dniu 13 listopada 2012 r. Zamawiający ogłosił wyniki postępowania i za najkorzystniejszą ofertę w stosunku do części pierwszej i drugiej zamówienia uznał ofertę złożoną przez Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A Warszawa Oddział Gdańsk z ceną oferty w/w Wykonawcy co do części 1 zamówienia w kwocie brutto 60.270 zł, natomiast co do drugiej części zamówienia w kwocie brutto 59.040 brutto.

Drugi z wykonawców, który złożył ofertę MBUD M..... B..... zaoferował kwotę brutto 57600 zł dla pierwszej części zamówienia, natomiast za drugą część zamówienia zaoferował kwotę 57600 brutto.

Oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zdaniem zamawiającego zawierała błędy w obliczeniu ceny. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził, że wykonawca w ofercie dla części pierwszej oraz części drugiej zamówienia podał identyczne ceny dla wartości netto oraz wartości ceny brutto w wysokości 57.600 zł. Według wiedzy zamawiającego usługi objęte postępowaniem zarówno w częściach pierwszej oraz drugiej są opodatkowane podstawową stawką VAT wynoszącą 23%, „a nie jak przedstawił w ofercie wykonawca stawką 0%.” W opinii zamawiającego zastosowanie błędnie przyjętej stawki VAT nie jest okolicznością opisaną w ustawie pzp jako oczywista omyłka rachunkowa i nie można jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy, a ofertę należy odrzucić jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

Od czynności odrzucenia oferty M..... B..... działający pod firmą MBud M..... B..... wniósł dnia 19 listopada 2012 r. odwołanie z powołaniem art. 180 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i podniesieniem zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp ze wskazaniem, że oferta została sporządzona prawidłowo, z uwagi na fakt, iż wykonawca w myśl przepisów ustawy podatku od towarów i usług jest drobnym przedsiębiorcą zwolnionym od tego podatku na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego i nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało zaadresowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku rozprawy przed Izbą odwołujący podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający i przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania wskazując, że zamawiający w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie ma obowiązku żądania od wykonawcy wyjaśnień na okoliczność sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający nie negocjował przy tym statusu odwołującego jako drobnego przedsiębiorcy w rozumieniu art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług, objętego podmiotowym zwolnieniem podatkowym. Stwierdził natomiast, że to obowiązkiem wykonawcy było poinformować w ofercie o zwolnieniu podatkowym, a zamawiający nie miał powodu domyślać się, dlaczego cena brutto oferty jest równa cenie netto.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, zważyła, co następuje.

Na wstępie skład orzekający uznaje za zasadne spostrzeżenie, że odwołanie sporządzone przez profesjonalnego prawnika (adwokata) zostało błędnie skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym ustalonym przepisami ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) odwołania wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kierującego pracami Izby, która jest jedynym organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 172 ust. 1 ustawy pzp). Krajowa Izba Odwoławcza jest Od 5 grudnia 2007 organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest państwowym sądem polubownym o ustawowo określonej wyłącznej właściwości rzeczowej. Izba jest sądem samodzielnym i co najmniej od 2009 r. organem władzy sądowniczej nie usytuowanym przy jakimkolwiek organie administracyjnym, jakkolwiek przez taki organ obsługiwany. Istota działania Izby to rozstrzygnięcie w drodze wydawania wyroków sporów między zamawiającymi a wykonawcami w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych wskutek wniesienia odwołania. Izba wydaje także wiążące rozstrzygnięcia w sprawie wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co można uznać za sądowo administracyjną kontrolę legalności działania Prezesa UZP będącego centralnym organem administracji rządowej.

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa.

Wskazując na powyższe skład orzekający stwierdza, że uchybienie formalne w zakresie oznaczenia adresata odwołania nie powinno stać na przeszkodzie w uznaniu, że odwołanie zostało wniesione skutecznie i w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Gdyby bowiem pismo skierowane do Prezesa UZP rzeczywiście dotarło do adresata, ten jako organ administracji rządowej, stosownie do art. 66 kodeksu postępowania administracyjnego, powinien zwrócić je stronie w drodze postanowienia. W tej sytuacji strona z uwagi na krótkie zawite terminy na wniesienie odwołania (w niniejszej sprawie 5 dni), zostałaby pozbawiona realnej możliwości skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Stąd też Izba uznaje odwołanie za wniesione skutecznie. Ocena ta wynika z potrzeby zapewnienia stronie nadrzędnego prawa do wymiaru sprawiedliwości nazywanego też prawem do ochrony prawnej lub prawem do sądu. Prawo do sądu ma charakter zasady uniwersalnej o charakterze międzynarodowym. Zgodnie z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”. (Art. 6 ust. 1 Konwencji z dnia 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 z późn. zm.). W polskim porządku prawnym prawo do sądu sformułowanej jest w art. 45, 77 i 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Izba nie stwierdziła również przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, czego następstwem jest rozpoznanie merytoryczne na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp, Izba uznaje zarzut za uzasadniony.

W prowadzonym przetargu miała zadecydować cena ofertowa brutto jako jedyne kryterium oceny ofert. Najkorzystniejszą cenę ofertową w obydwu częściach złożył Odwołujący.

W toku postępowania zamawiający nie kwestionował faktu zwolnienia podmiotowego wykonawcy z podatku od towarów i usług na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 nr 177 poz. 1054 z późn. zmianami). Zgodnie z tym przepisem zwalnia się od podatku podatników, u których wartość sprzedaży opodatkowanej nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku.

Zamawiający błędnie zinterpretował zatem kwoty wskazane przez Odwołującego, z uwagi na fakt, iż wykonawca nie zastosował opodatkowania usługi kwotą 0 %, lecz wskazał tożsamość ceny netto i ceny brutto z uwagi na jego właściwości zwalniające go z podatku. Tym samym wpisanie przez Odwołującego identycznych kwot brutto i netto nie stanowiło błędu w obliczeniu ceny

Z uwagi na powyższe uznając zarzuty odwołania za uzasadnione, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniono odwołanie i orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....