

Firma "ROKOM"

Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja
Obiektów Zabytkowych
H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna
Ptaszków 85/2, 58-400 Kamienna Góra
NIP 614-12-95-093 REGON 230381395
Tel./Fax (075) 744 25 37, Tel. 744 77 83

Jelenia Góra, dnia 21 listopada 2011 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie UZP w Warszawie**

ul. Postępu 17 a

02-676 Warszawa

Dotyczy przetargu nieograniczonego pod nazwą „ Renowacja wielorodzinnego budynku mieszkalnego przy ul. Żeromskiego 35 w Boguszowie – Górcach „

Zamawiający: Gmina Miasto Boguszów-Gorce

Plac Odrodzenia 1, 58-370 Boguszów Gorce

fax 074/8449165

Odwołujący: Firma "ROKOM"

**Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów
Zabytkowych**

H.G.I. Komorowscy Spółka Jawna ,

Ptaszków 85/2, 58-400 Kamienna Góra, .

reprezentowana przez radcę prawnego Iwonę Ławińska-Tarsa

prowadząca Kancelarię Radcy Prawnego w Jeleniej Górze (58-500)

przy ul. Muzealnej 9a lokal nr 4, fax 075/64-47-412

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ pzp ”) oraz udzielonego mi pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 6 pzp, w sytuacji, gdy brak było podstaw o uznania, że wystąpił błąd w obliczeniu jej ceny, przez co wadliwy jest wybór oferty najkorzystniejszej (art. 91 pzp) i naruszona zasada uczciwej konkurencji (art. 7 pzp)



Stawiając zarzut naruszenia wskazanych przepisów przepisu poprzez niewłaściwą interpretację i złe zastosowanie wnoszę o :

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – z uwzględnieniem oferty Odwołującego ;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.

Uzasadnienie

Dnia 12 października 2011 r. Gmina Miasto Boguszów Gorce zamieściła na swojej stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu. Dotyczyło ono postępowania przetargowego pn. „ *Renowacja wielorodzinnego budynku mieszkalnego przy ul. Żeromskiego 35 w Boguszowie – Gorcach* „

W terminie składania ofert wpłynęło 12 ofert.

Odwołujący wzięli udział w/w postępowaniu przetargowym składając ofertę z najniższą ceną.

Dnia 18 listopada 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczono informację o wynikach postępowania przetargowego. Porównano tam oferty tylko tych wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni, ani których oferty nie zostały odrzucone. Odwołujący o odrzuceniu swojej oferty dowiedział się w tym samym dniu za pośrednictwem faxu. Z uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 p.z.p. odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż była w niej przyjęta błędnie stawka podatku VAT. Z tego samego powodu Zamawiający odrzucił jeszcze 9 innych ofert. Wskazana informacja nie zawiera uzasadnienia faktycznego oraz prawnego.

Czynność Zamawiającego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

W pkt 5 siwz Zamawiający określił sposób podania ceny oferty. Należało to uczynić na załączonym druku . Zamawiający wymagał, aby cena ofert była wynikiem sumy kosztorysu ofertowego (pkt. 5.1. siwz). W pkt 5.4. siwz Zamawiający wyjaśnił, że ewentualne pomyłki zawarte w kosztorysach mające wpływ na cenę, a także błędnie naliczony podatek VAT – stanowią ryzyko wykonawcy. Odwołujący przed upływem terminu składania ofert poprosił Zamawiającego o wskazanie, które z elementów



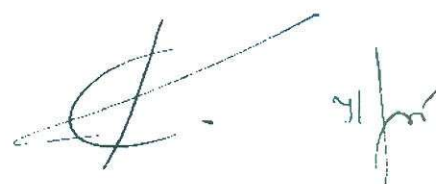
wchodzących w zakres zadania będą miały stawkę VAT 8 % a które 23%. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 3 listopada 2011 roku wskazał cyt. „ Za prawidłowe, zgodne z ustawą o Podatku od Towarów i Usług, zastosowanie stawki podatku VAT odpowiada wystawiający fakturę Wykonawca „.

Wobec braku uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, trudno jest polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Jednak wobec konieczności obrony interesów Odwołującego pragnę podnieść, że Zamawiający przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp niewłaściwie zastosował z dwóch powodów.

Po pierwsze przytoczonego wyżej zapisu siwz nie można utożsamiać z opisem sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust.1 pkt 12 pzp), gdyż obliczenie ceny, to nie to samo, co jej podanie. Obliczenie jest procesem rachunkowym, zaś podanie sprowadza się do napisania w odpowiedniej pozycji formularza ofertowego oferowanej ceny. Można się domyślać, że Zamawiający uznał, iż w ofercie Odwołującego jest podana co do pewnego zakresu rzeczowego błędna stawka podatku VAT. Nawet gdyby tak było, to stanu tego nie sposób uznawać za błąd w obliczeniu ceny oferty, gdyż w siwz nie wskazano jak ta cena ma być obliczona.

Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r.(Dz. U. z dnia 11 września 2001 r.) o cenach stanowi, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Wynika z niej ogólnie przyjęta zasada, że kwota, która jest uwzględniana przy wszelkiego rodzaju rozliczeniach pomiędzy kontrahentami, a tym samym w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym, stanowi kwotę brutto. Ustawa ta definiuje pojęcie ceny dla potrzeb przepisów pzp.

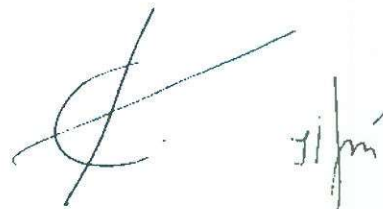
Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 sierpnia 2005 r., sygn.. akt IV CK 88/05 stwierdził, że cena „do zapłaty” zawiera w sobie podatek, kształtujący jej wysokość. Nie przesądza to ekonomicznego wyniku transakcji, ponieważ cena netto poza szczególnymi wypadkami (ceny regulowanej) ma charakter umowny i może być dowolnie kształtowana, nawet ze stratą podatnika.



Przyjęcie do wyliczenia ceny oferty innej stawki podatku VAT nie stanowi podstawy do uznania iż mamy do czynienia z błędem w wyliczeniu ceny. Stanowisko to potwierdza linia orzecznicza KIO.

W wyroku z dnia 07 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1280/10 Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych uznała, iż przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury (czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych). Jeżeli intencja wykonawcy co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni wedle uznania tego wykonawcy podatek od towarów i usług nie budzi wątpliwości, to rzeczą zamawiającego jest przyjąć tak złożone oświadczenie woli i poddać je ocenie zgodnie z jego treścią. Podkreślono, że zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki podatku od towarów i usług, w inny sposób aniżeli przez wyrażne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy, tak jak nie jest uprawniony do weryfikowania oświadczenia woli wykonania zamówienia za wskazaną cenę w innym zakresie, aniżeli wyznaczony przepisami art. 91 p.z.p. Wyraźnie zaznaczono, że przepisy prawa nie przyznały zamawiającemu, ani KIO uprawnienia do rozwiązywania sporów z zakresu prawa podatkowego. Oznacza to, że stawkę podatku od towarów i usług określa podatnik. Ewentualne konsekwencje zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT mogą być oceniane wyłącznie przez organy podatkowe, w drodze postępowania podatkowego, a przepisy te podlegają wyłączonej i indywidualnej interpretacji Ministra Finansów.

Ogromne znaczenie dla rozstrzyganej sprawy ma przyjęcie, jako obowiązującego, stanowiska, że wskazanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług przy określeniu ceny oferty (tak całkowitej, jak i dotyczącej odpowiedniej jej części) stanowi przyjęcie niewłaściwego założenia co do obowiązującego prawa podatkowego, **stąd utożsamianie pojęcia błędu w obliczeniu ceny z błędną stawką podatku od towarów i usług jest utożsamieniem nieuprawnionym.** Uznano za niedopuszczalne prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność prawidłowej bądź nie stawki podatku od towarów i usług w oparciu o złożone interpretacje prawa podatkowego i uzależnianie od wyniku tak dokonanego "postępowania dowodowego" rozstrzygnięcia kwestii poprawności decyzji zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu zastosowania nieprawidłowej, jego zdaniem, stawki podatku od towarów i usług.



W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 629/10 wyraźnie stwierdzono, że błąd w obliczeniu ceny może odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, nieobjęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń itp.), a nie do wynikającej z przepisów prawa podatkowego stawki VAT. Przyporządkowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT do błędu w obliczeniu ceny stanowi swoiste przenoszenie regulacji administracyjnoprawnych w sferę stosunków prawa cywilnego, którego zamówienia publiczne jako umowy pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami są częścią (art. 2 ust. 13 i art. 14 p.z.p.). Przepisy k.c. nie przewidują sankcji nieważności wobec czynności cywilnoprawnych, które niewłaściwie opodatkowano, a strony czynności nie są zobowiązane aby kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez ich kontrahentów z obowiązków podatkowych.

Podkreślono, że w prawie zamówień publicznych nie ma ani jednego przepisu, który wprost nakazywałby odrzucenie oferty, w razie zastosowania przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatkowej (wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1053/10).

Uwzględniając powołane wyżej orzecznictwo KIO stwierdzić należy, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, gdyż błędne podanie stawki podatku vat nie stanowi błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu tego przepisu. Nie bez znaczenia jest też treść wyjaśnienia Zamawiającego (wyżej przytoczonego) z dnia 03.11.2011 roku, z którego wprost wynika, że ryzyko przyjęcia właściwej stawki podatku VAT obciąża wykonawców na etapie wystawiania faktur. Zapis ten wprost zdaniem Odwołującego wskazuje, że dla Zamawiającego ustalenie stawek podatku vat na etapie postępowania przetargowego nie miało jakiegokolwiek znaczenia. Wywodzenie zatem na etapie oceny ofert z tego faktu negatywnych skutków wobec Odwołującego nie może być zaakceptowane.

Nie do zaakceptowania jest również stan, w który stanowisko Zamawiającego nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający w sumie z tej samej podstawy prawnej odrzucił 9 ofert. W stosunku do żadnej z nich nie wiadomo dlaczego, przez co nie sposób podjąć z Zamawiającym merytorycznej polemiki.

Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu, gdyż złożyli ofertę z najkorzystniejszą wg przyjętych w siwz kryteriów oceny ofert ceną. Gdyby decyzja będąca wynikiem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp



Zamawiającego ostała się ponieśliby szkodę nie uzyskując spodziewanych z realizacji zadania korzyści nie wspominając o szkodzie będącej wynikiem poniesienia kosztów postępowania.

Z tych powodów wnoszę o jak we wstępie.

Odwołanie zostało sporządzone przez radcę prawnego Iwonę Ławińską-Tarsa, prowadzącą Kancelarię Radcy Prawnego w Jeleniej Górze przy ul. Muzealnej 9a lok. Nr 4, która będzie reprezentować Odwołującego przed Prezesem KIO, na podstawie załączonego pełnomocnictwa zaś, wnoszone jest i podpisane przez Odwołującego.

Załącznik :

1. kopia odwołania
2. dowód uiszczenia wpisu – 10.000,- zł
3. odpis pełnomocnictwa
4. odpis z KRS – 1 szt.
5. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – 17 zł ;
6. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu (raport transmisji faksu)

Firma "Rokom" Spółka Jawna
WICEPREZES ZARZĄDU
Współwłaściciel
Grzegorz Komorowski

Firma "ROKOM" Spółka Jawna
Pełnomocnik Zarządu
Współwłaściciel
Grzegorz Komorowski

Firma "ROKOM"
Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja
Ciepłotłoku Zabytkowych
H.G.Ł. Renowacja Spółka Jawna
Ptaszków 65/2. 52-400 Kłodzka Góra
NIP 614-12-95-095 REGON 260381395
Tel./Fax (075) 744 25 37, Tel. 744 77 93

Jelenia Góra, dnia 21 listopada 2011 r.

PEŁNOMOCNICTWO

Mocą którego na podstawie art. 87 § 1 kodeksu postępowania cywilnego

**Firma "ROKOM" Roboty Ogólnobudowlane i Renowacja Obiektów
Zabytkowych H.G.I. Komorowski Spółka Jawna z/s Ptaszków 85/2, 58-
400 Kamienna Góra,**

udziela pełnomocnictwa radcy prawnemu Iwonie Ławińskiej - Tarsa prowadzącej
Kancelarię Radcy Prawnego biuro : 58-500 Jelenia Góra ul. Muzealna 9 a lokal nr
4, wpisanej na listę radców prawnych prowadzoną przez OIRP w Wałbrzychu pod
nr JG-286,

do reprezentowania w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym
przez Gminę Miasto Boguszków-Gorce Plac Odrodzenia 1, 58-370 Boguszków Gorce
na wykonanie zadania pod nazwą :

*„ Renowacja wielorodzinnego budynku mieszkalnego przy ul. Żeromskiego 35 w
Boguszkowie – Gorcach „*

prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29.01.2004 roku prawo zamówień
publicznych, w tym w szczególności do :

- składania oświadczeń o przystąpieniu do postępowania odwoławczego ;
- wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
- występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- wnoszenia skarg na wyroki i postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

Firma "Rokom" Spółka Jawna
WICEPREZES ZARZĄDU
Współwłaściciel
Grzegorz Komorowski

Firma "ROKOM" Spółka Jawna
Pełnomocnik Zarządu
Iwona Ławińska - Tarsa

Boguszów-Gorce 22.11.2011.
(miejscowość i data)

Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania odwołania wraz z pełnomocnictwem.

POTWIERDZENIE

Potwierdzam, że w dniu 22.11.2011r. otrzymałem/~~am~~ odwołanie złożone przez Firmę „ROKOM” do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie dotyczące przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Renowacja wielorodzinnego budynku mieszkalnego przy ul. Żeromskiego 35 w Boguszowie – Gorcach”.

odwołanie - 6 stron

pełnomocnictwo - 1 strona

FURMISTRZ MIASTA

Waldemar Kujawa

