Sygn. akt: KIO 1280/12

WYROK
z dnia 3 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 14, 00-638 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10, 05-091 Ząbki.**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI pkt 2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie słów: „w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji",**

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10, 05-091 Ząbki** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 14, 00-638 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Miasto Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10, 05-091 Ząbki** na rzecz **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 14, 00-638 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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 **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt: KIO 1280/12

Uzasadnienie

Miasto Ząbki, ul. Wojska Polskiego 10, 05-091 Ząbki (dalej „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") na „Usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w sprawach związanych z rozliczeniem i odzyskaniem podatku VAT Miasta Ząbki". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 czerwca 2012 r. pod numerem 196540-2012. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego http://bip.zabki.pl.

W dniu 18 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie

wykonawcy PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 14 00-638 Warszawa (dalej „Odwołujący"). Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 179 ustawy Pzp wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego treść ogłoszenia o zamówieniu narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 4 i art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, poprzez postawienie nieadekwatnego i nieproporcjonalnego warunku doświadczenia w zakresie, który nie jest niezbędny dla wykazania możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, a w związku z tym stanowi nieuzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego http://bip.zabki.pl. Odwołujący wskazywał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę.
Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI pkt 2.2. SIWZ, poprzez:
• wykreślenie słów: „w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji"
a w przypadku nieuwzględnienia powyższego poprzez:

• wykreślenie słów „o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji".
W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w dniu 12 czerwca 2012 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu pn. „Usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w sprawach związanych z rozliczeniem i odzyskaniem podatku VAT Miasta Ząbki". Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 20 czerwca 2012 r. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej, w tym zastępstwa przed organami podatkowymi i zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi, w sprawach związanych z rozliczeniem i odzyskaniem podatku VAT Miasta Ząbki, z następujących obszarów:

a) budowa Przedszkola Publicznego nr 3 w Ząbkach (Zamawiający oszacował w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej "OPZ"), że do odzyskania jest kwota 3.449.400 zł);

b) budowa Trybuny głównej wraz z zapleczem administracyjno-socjalnym na terenie MOSiR w Ząbkach (Zamawiający oszacował w Załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ, że do odzyskania jest kwota 3.121.000 zł);

c) budowa Centrum Turystyczno-Rekreacyjno-Sportowego w Ząbkach - budowa krytej pływalni (Zamawiający oszacował w Załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ, że do odzyskania jest kwota 980.000 zł).

W pkt IV. 1 OPZ jako pierwszą czynność wykonawcy w ramach realizacji umowy Zamawiający wskazał sporządzenie pisemnej opinii, w której wykonawca m.in. wstępnie oszacuje możliwą do odzyskania przez Miasto kwotę podatku VAT oraz poziom ryzyka zakwestionowania przez organy podatkowe przedstawionych w opinii rozwiązań. Następnie Miasto, jak wynika z pkt IV.2 OPZ, podejmie decyzję o wszczęciu procedury odzyskiwania VAT w poszczególnych obszarach (inwestycjach).

W § 6 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) wskazano sposób rozliczenia z Wykonawcą, przewidujący proporcjonalność wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do wysokości odzyskanego VAT-u (§ 6 ust. 7). Jedynie wynagrodzenie za sporządzenie opinii prawnej ustalono na stałą kwotę, będącą określonym procentem od całkowitego wynagrodzenia, maksymalnie możliwego do uzyskania.

Przy tak ustalonym sposobie wykonania zamówienia i zasadach wzajemnych rozliczeń, w

pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 2.2. rozdziału VI SIWZ, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący doświadczenia wykonawcy w następujący sposób:

„Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy usługi w zakresie zwrotu podatku VAT, w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji".

Zdaniem Odwołującego, postawiony warunek - w części dotyczącej wykazania się co najmniej jedną usługą zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji - jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przy tym naruszający uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcom, posiadającym doświadczenie niezbędne do realizacji niniejszego zamówienia, w tym Odwołującemu. Zamawiający takim postawieniem warunku narusza szereg przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, przy żadnej z trzech wskazanych przez Zamawiającego inwestycji, Zamawiający nie oszacował kwoty podatku VAT-u możliwej do odzyskania na poziomie 3,5 mln zł. Natomiast warunek udziału w postępowaniu na taką kwotę opiewa. Po drugie, realizacja umowy nie wymaga uzyskania rezultatu w postaci odzyskania VAT-u w wysokości kwot szacowanych przez Zamawiającego. To wykonawca, w pierwszym etapie realizacji umowy ma sporządzić opinię prawną, w której oceni, jakie kwoty są do odzyskania. Na podstawie tej opinii, Zamawiający ma podjąć decyzję, czy wszczynać procedurę odzyskania VAT-u w stosunku do poszczególnej inwestycji. Zgodne z umową jest odzyskanie przez Wykonawcę mniejszych kwot niż szacowane przez Zamawiającego, a nawet brak odzyskania jakiejkolwiek kwoty. Ma to odzwierciedlenie w wynagrodzeniu wykonawcy, ale nie w ocenie, czy wykonawca należycie wykonuje usługę. Nie ma kar umownych za brak odzyskania jakiejś części VAT-u. Wykonawca nie zobowiązuje się w umowie do odzyskania VAT-u w kwocie szacowanej przez Zamawiającego. Wykonawca nie wskazuje w ofercie kwoty, którą odzyska. Po trzecie, należyte wykonanie usługi nie jest w tym przypadku uzależnione od efektu. Umowa doradztwa prawnego nie jest umową rezultatu. Rezultat może jedynie wpływać na wysokość wynagrodzenia i tak jest w niniejszym przypadku. Procedura zwrotu podatku VAT jest taka sama niezależnie od wartości takiego zwrotu. Wysokość odzyskanej kwoty jest niezależna

od doradcy tylko od osoby podatnika, który tego zwrotu dochodzi, a także od rodzaju i wartości inwestycji, z której zwrot jest należny. Decydujące znaczenie ma tutaj stan faktyczny i prawny, dotyczący przedmiotu zamówienia, a nie osoba wykonawcy. Oznacza to, że warunek udziału, nakładający obowiązek odzyskania VAT-u i to na tak wysokim poziomie jest nieadekwatny (bo w umowie wykonawca nie zobowiązuje się do odzyskania VAT-u, a należyte wykonanie usługi nie jest uzależnione od rezultatu) i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (ponieważ zgodne z umową jest odzyskanie VAT-u w mniejszej wysokości lub nieodzyskanie go w ogóle).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej warunki udziału w postępowaniu nie tylko nie mogą wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, ale nawet nie mogą być identyczne z przedmiotem zamówienia, gdyż mają być w stosunku do niego proporcjonalne. W wyroku z dnia 9 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1379/09 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: „zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum warunków udziału w postępowaniu uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw

odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamych (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia)". Analogicznie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 916/09.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, opisując warunek doświadczenia, wykroczył poza zakres zamówienia wynikający z OPZ i wzoru umowy, gdyż obowiązkiem wykonawcy nie jest odzyskanie VAT-u. Wykonawca ma, dochowując należytej staranności oraz działając profesjonalnie i racjonalnie, ocenić, czy VAT jest do odzyskania i następnie dokonywać czynności zmierzających do tego, jednakże nie zobowiązuje się do uzyskania konkretnego rezultatu.

Wskazanie progu kwotowego zwrotu podatku oraz rezultatu w postaci jego odzyskania, stanowi istotne ograniczenie konkurencji, poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Odwołujący jest jedną z największych w Polsce firm konsultingowych w zakresie doradztwa podatkowego, należących do tzw. wielkiej czwórki (Deloitte, PwC, Ernst & Young oraz KMPG), a mimo to nie jest w stanie spełnić tak postawionego warunku. Zdaniem Odwołującego warunek ten spełnia tylko jedna firma z wielkiej czwórki, co

potwierdzałoby naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad zamówień publicznych, dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący argumentował, że w kontrolach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie zamówień współfinansowanych ze środków europejskich, Prezes UZP piętnuje stawianie nieadekwatnych i nieproporcjonalnych warunków przez zamawiających. Przykładowo w „Wynikach kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej" wielokrotnie jako uchybienia wskazywano stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców (Wyniki kontroli dostępne są na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl. W pkt IV.4.8. wyników kontroli z 2009 r. wskazano uchybienie polegające na postawieniu warunku doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia. Wskazano, iż „W opinii Prezesa Urzędu nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 8 ww. pojazdów, niezbędnym jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby (8) tych pojazdów. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu mniejszej liczby tego rodzaju pojazdów, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich pojazdów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia. Te czynniki natomiast nie są zależne od ilości dotychczas wykonanych pojazdów, gdyż można je wykazać już po jednorazowej realizacji i dostawie wymaganego pojazdu. (...) Wobec powyższego, wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby (8) wieloczłonowych pojazdów do wykonywania pasażerskich przewozów regionalnych, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nadmierny, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę takiego rodzaju pojazdów. Wymóg taki prowadził zatem do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych". Podobnie jest w niniejszym postępowaniu - wykonawca mający doświadczenie w usłudze doradztwa prawnego niezakończonej odzyskaniem VAT-u, byłby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, gdyż ma uprawnienia, techniczną wiedzę i umiejętności do należytego świadczenia usług, będących przedmiotem niniejszego zamówienia.

W kontekście wyżej przywołanych wyników kontroli Prezesa UZP Odwołujący wskazywał, że warunek dotyczący skali zamówienia, poprzez wskazanie wartości odzyskanego VAT-u, został przez Zamawiającego zdublowany poprzez wymóg wykazania się aż trzema usługami doradztwa prawnego. Jeszcze raz, potwierdza to tezę o nadmierności postawionego

warunku doświadczenia i ograniczeniu przez to uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu mailem 18 czerwca 2012 r. godz. 18.13.

W dniu 19 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W terminie ustawowym 3-dni nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 20 czerwca 2012 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp do usunięcia braków formalnych odwołania w zakresie dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania oraz dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, w terminie 3 dni od otrzymania wezwania, pod rygorem zwrotu odwołania.

Odwołujący usunął braki w wymaganym terminie, przedstawiając w dniu 22 czerwca 2012 r. dowód opłacenia wpisu w dniu 18 czerwca 2012 r. oraz dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu w tej samej dacie.

W dniu 21 czerwca 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której informował, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uznaje postawiony w złożonym odwołaniu zarzut za zasadny i tym samym postanawia dokonać zmiany zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.3.2) oraz rozdziale VI pkt 2.2. SIWZ. W miejsce dotychczasowego sporne zapisy otrzymały następujące brzmienie:

Ogłoszenie o zamówieniu pkt III.3.2):

Było:

"Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy usługi w zakresie zwrotu podatku VAT, w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: a) na

podstawie wykazu wykonanych usług oraz b) załączonych dokumentów potwierdzających, że wskazane przez Wykonawcę usługi zostały wykonane należycie".

Jest:

"Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy usługi w zakresie zwrotu podatku VAT, w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: a) na podstawie wykazu wykonanych usług oraz b) załączonych dokumentów potwierdzających, że wskazane przez Wykonawcę usługi zostały wykonane należycie.

SIWZ rozdział VI pkt 2.2.

Było:

"W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia - Wykonawca musi wykazać, że w ciągu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy usługi w zakresie zwrotu podatku VAT, w tym co najmniej jedna usługa

zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: a) na podstawie wykazu wykonanych usług oraz b) załączonych dokumentów potwierdzających, że wskazane przez Wykonawcę usługi zostały wykonane należycie".

Jest:

"W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia - Wykonawca musi wykazać, że w ciągu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej trzy usługi w zakresie zwrotu podatku VAT, w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: a) na podstawie wykazu wykonanych usług oraz b) załączonych dokumentów potwierdzających, że wskazane przez Wykonawcę usługi zostały wykonane należycie".

Zamawiający informował, iż przedmiotowa zmiana ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 czerwca 2012 r. pod nr 214920-

2012.

Wobec powyższego Zamawiający wnosił o oddalenie wniesionego odwołania w całości.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający informował też o zmianie ogłoszenia o zamówieniu 19 czerwca 2012 r. w zakresie terminu składania ofert (Biuletyn Zamówień Publicznych z 19 czerwca 2012 r. nr 209640-202) na 3 lipca 2012 r.

W toku postępowania przed Izbą Zamawiający oświadczył, iż dokonał ponownie zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania ofert, ustalając go na 10 lipca 2012 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izby ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy Stronami i w ocenie Izby został opisany w wystarczający sposób powyżej.

W oparciu o ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono wpis od odwołania. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprzesłanie Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2012 r. po godzinach urzędowania (godz. 18.13), a zatem nie mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faksem lub drogą elektroniczną). Izba zważyła, że Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 18 czerwca 2012 r. nastąpiło przed upływem 5-dniowego terminu do wniesienia odwołania, który upływał w tym dniu o g. 24.00 (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 111 Kc oraz art. 115 Kc - 17 czerwca 2012 r.- niedziela). Okoliczność iż nastąpiło to po godzinach urzędowania

Zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia domniemania, iż Zamawiający mógł się

zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała w dniu 18 czerwca 2012 r. po godzinach urzędowania. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez Zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu Zamawiający nie przeprowadził. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia zatem pozostaje, czy wiadomość mailowa wpłynęła do Zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. W ocenie Izby terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a Zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy Zamawiającego. Izba nie podzieliła także argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do sposobu liczenia terminu na wniesienie odwołania począwszy od 12 czerwca 2012 r. włącznie z tym dniem, co skutkowałoby przyjęciem, iż termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 16 czerwca 2012 r. Powyższe stanowisko jest niezgodne z treścią art. 111 § 2 Kc, który z mocy art. 14 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w tym zakresie, a zgodnie z którym jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Ustawa Pzp nie zawiera w tym zakresie żadnej odrębnej regulacji. Tym samym początek biegu terminu na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wyznacza dzień następujący po publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ – w tym przypadku 13 czerwca 2012 r. Z kolei z mocy art. 115 Kc, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Skoro termin na wniesienie odwołania upływał w niedzielę 17 czerwca 2012 r., to z mocy powyższego przepisu oraz na podstawie art. 111 Kc uległ on przedłużeniu do 18 czerwca 2012 r. do godz. 24.00.

Odwołujący spełnia także przesłanki warunkujące wniesienie odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu, jednak ustalony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia w pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2.2. rozdziału VI SIWZ w zakresie wykazania się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN (obecnie 1000000,00 PLN) ze zrealizowanej inwestycji, który Odwołujący kwalifikuje jako naruszający zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, może ponieść szkodę.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania w tym ogłoszenie zamówieniu wraz z jego modyfikacjami, SIWZ z modyfikacjami, wyjaśnienia do SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie.

Izba uznała, iż treść odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 czerwca 2012 r., w której Zamawiający informował, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uznaje postawiony w złożonym odwołaniu zarzut za zasadny i tym samym postanawia dokonać zmiany zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.3.2) oraz rozdziale VI pkt 2.2. SIWZ w świetle treści dokonanej zmiany ograniczającej się do zmniejszenia progu wartościowego odzyskanego VAT oraz dalszego wniosku o oddalenie odwołania nie pozwala na uznanie, iż Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania w rozumieniu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkować miałoby umorzeniem postępowania odwoławczego. Odwołujący wnosił o zmodyfikowania pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI pkt 2.2. SIWZ, poprzez:

- wykreślenie słów: „w tym co najmniej jedna usługa zakończona zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji"

a w przypadku nieuwzględnienia powyższego poprzez:
• wykreślenie słów „o wartości nie mniejszej niż 3500000,00 PLN ze zrealizowanej inwestycji".
Zamawiający natomiast w dokonanej przez siebie modyfikacji obniżył jedynie próg wartościowy uzyskanego zwrotu VAT z 3500000,00 PLN do 1000000,00 PLN. Modyfikacja nie została zatem dokonana zgodnie z żądaniem odwołania. Ponadto Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. W toku posiedzenia Zamawiający potwierdził, iż uwzględnił odwołanie tylko częściowo, uznając zawyżony próg wartościowy. Nie uznał natomiast zasadności żądania wykreślenia wymogu wykazania się usługą zakończoną zwrotem VAT. W tym zakresie podtrzymał swoje stanowisko. Odwołujący podtrzymywał zarzuty odwołania, wskazując, iż kwestionuje co do zasady wymóg wykazania się usługą zakończoną zwrotem VAT, a żądanie wykreślenia progu wartościowego ma charakter ewentualny, wnoszony z ostrożności procesowej. Zmiana dokonana przez Zamawiającego nie jest dla niego satysfakcjonująca, gdyż nadal nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu.

W opinii Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała bowiem za zasadny zarzut

postawienia w pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2.2. Rozdziału VI SIWZ nieadekwatnego i nieproporcjonalnego warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie, który nie jest niezbędny dla wykazania możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, a w związku z tym stanowi nieuzasadnione ograniczenie uczciwej konkurencji. Uniemożliwia bowiem ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcom posiadającym doświadczenie niezbędne do realizacji niniejszego zamówienia.

Izba podziela argumentację powołaną przez Odwołującego w odwołaniu oraz w toku postępowania przed Izbą. Należy zauważyć, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w sprawach związanych z rozliczeniem i odzyskaniem podatku VAT Zamawiającego. Wskazuje na to jednoznacznie opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz treść wzoru umowy. Pkt II OPZ przewiduje, że przedmiotem zamówienia są usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej, w tym usługi zastępstwa przed organami podatkowymi oraz zastępstwa procesowego przed sądami administracyjnymi w sprawach związanych z rozliczeniem i odzyskanie podatku VAT Zamawiającego z następujących obszarów:
a) budowa Przedszkola Publicznego Nr 3,
b) budowa Trybuny Głównej wraz z zapleczem administracyjno-socjalnym na terenie MOSiR w Ząbkach,
c) budowa Centrum Turystyczno-Rekreacyjno-Sportowego w Ząbkach - budowa krytej pływalni.

Opisany w pkt IV OPZ "Szczegółowy zakres usług, specyfikacja opracowań i niezbędnych dokumentów" przewidywał:
1) sporządzenie pisemnej opinii dotyczącej oceny zasadności wszczęcia postępowania podatkowego lub sądowo-administracyjnego oraz wskazania sposobu postępowania w celu rozliczenia i odzyskania podatku VAT, stanowiącą następnie podstawę dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji o podjęciu dalszych działań,
2) opracowanie dokumentacji w zakresie podatku VAT, w tym opracowanie deklaracji podatkowych, faktur i korekt faktur, niezbędnych do złożenia we właściwym urzędzie skarbowym,
3) przygotowanie i złożenie wniosków o wydanie interpretacji indywidualnych prawa podatkowego,
4) w przypadku nieuznania stanowiska zaprezentowanego we wnioskach o wydanie interpretacji indywidualnych - złożenie wezwań do usunięcia naruszeń prawa,
5) reprezentacja Zamawiającego w postępowaniach przed organami podatkowymi i sądami administracyjnymi.

Powyższy zakres znalazł odzwierciedlenie we wzorze umowy (§ 1 wzoru umowy). We

wzorze umowy Zamawiający ustalił, iż wynagrodzenie z tytułu prawidłowego wykonania umowy stanowić będzie co do zasady określony procent kwoty odzyskanego podatku VAT (Zamawiający wyjaśnił, iż użyte w § 6 ust. 2 pkt 1 i 2 sformułowanie "kwoty podatku VAT do odzyskania" w miejsce "kwoty odzyskanego podatku VAT" jest błędem terminologicznym, gdyż zasadą jest wypłata wynagrodzenia proporcjonalnego do uzyskanego zwrotu podatku VAT - w rozumieniu § 6 ust. 6 wzoru umowy). Jedynie wygrodzenie z tytułu sporządzenia i przekazania Zamawiającemu opinii dotyczącej oceny zasadności wszczęcia postępowania podatkowego lub sądowo-administracyjnego oraz wskazania sposobu postępowania w celu rozliczenia i odzyskania podatku VAT ustalone zostało jako płatne w oparciu o potwierdzenie przekazania opinii. W treści umowy Zamawiający nie wymaga osiągnięcia zwrotu VAT na jakimkolwiek minimalnym poziomie, a kwota uzyskanego zwrotu VAT ma odzwierciedlenie jedynie w wysokości wynagrodzenia wykonawcy (całkowicie, poza opinią, opartego o formułę "wynagrodzenia za sukces").

Podkreślić należy, że umowa doradztwa prawnego jest umową starannego działania, a nie umową rezultatu, toteż weryfikacja doświadczenia i wiarygodności wykonawcy następuje nie poprzez osiągnięcie określonego celu, a dołożenie należytej, wymaganej od profesjonalisty staranności w świadczeniu doradztwa, które ma do określonego celu doprowadzić. Nie oznacza to jednak, iż nieosiągnięcie zakładanego celu jest tożsame z uznaniem, iż staranności nie zachowano, wykonawca świadczący usługę jest niewiarygodny, a sama usługa wykonana nienależycie. Brak celu może mieć natomiast odzwierciedlenie w braku wynagrodzenia, czy jego zmniejszeniu, gdy było ono od osiągnięcia celu zależne. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż postawiony warunek wykazania się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN (po modyfikacji) nadal jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Rezultat w postaci odzyskania VAT w określonej wysokości nie jest bowiem objęty zakresem zamówienia. Zamawiający w ogóle nie ustala minimalnej kwoty VAT do odzyskania. W treści SIWZ przedstawia pewien szacunek przez siebie dokonany, jednak wykonawca w żaden sposób nie jest tymi szacunkami związany, nie deklaruje odzyskania VAT na jakimkolwiek poziomie, lecz w oparciu o udostępnioną dokumentację ma dokonać własnego oszacowania wraz z określeniem ryzyk. Odzyskanie kwot na mniejszym poziomie niż szacowane czy wręcz nieodzyskanie żadnych kwot VAT nie będzie tożsame z nienależytym wykonaniem umowy, choć będzie miało odzwierciedlenie w kwocie wynagrodzenia (wówczas wykonawca poza wynagrodzeniem za opinię otrzyma proporcjonalnie mniejsze wynagrodzenie lub w ogóle nie otrzyma wynagrodzenia). Wynagrodzenie wykonawcy co do zasady (poza opinią prawną) skalkulowane jest w oparciu

o odzyskaną kwotę VAT, co jednak nie oznacza, iż poprzez sposób określenia wynagrodzenia modyfikuje się charakter przedmiotu zamówienia. Jak wskazywał Odwołujący, a Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych, procedura zwrotu podatku VAT jest taka sama niezależnie od wartości zwrotu. Zamawiający nie wykazał również, iż zwrot VAT i to na określonym ustalonym przez Zamawiającego poziomie odzwierciedla zwiększony nakład pracy czy stanowi gwarancję lepszego doświadczenia wykonawcy. Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego, iż wysokość odzyskanej kwoty zależna jest przede wszystkim od osoby podatnika, który zwrotu dochodzi, jego sytuacji prawno-podatkowej, oraz od rodzaju i wartości inwestycji, z której zwrot jest należny, a więc okoliczności leżących poza osobą doradcy. Ponadto zwrot VAT jest efektem stanowiska organów podatkowych i sądów administracyjnych, nie jest to więc okoliczność zależna bezpośrednio od wykonawcy usługi doradztwa. Może on podjąć wszelkie próby mające na celu odzyskanie VAT, dołożyć wszelkiej staranności, a i tak zwrot może nie zostać dokonany, gdyż nie pozwala na to sytuacja podatnika lub właściwe organy nie podzielą stanowiska doradcy w zakresie przesłanek zwrotu. Równocześnie taki wykonawca otrzymałby referencje i potwierdzenie należytego wykonania umowy, ale z uwagi na brak efektu, za który odpowiedzialności nie ponosi, nie mógłby być uznany za wykonawcę wiarygodnego w świetle zakwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Należy podkreślić, że Zamawiający ma duże możliwości takiego uszczegółowienia zakresu wymaganego doświadczenia, aby wykonawca wybrany posiadał doświadczenie prawdziwie adekwatne do przedmiotu zamówienia i gwarantował prawidłową jego realizację.

Miernik wybrany przez Zamawiającego w postaci wymagania wykazania się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN nie spełnia wymogów adekwatności i proporcjonalności. Tak jak wskazywał Odwołujący, wykracza on poza zakres przedmiotu zamówienia wynikający z OPZ i wzoru umowy, jako że obowiązkiem wykonawcy nie jest odzyskanie VAT na jakimkolwiek minimalnym poziomie, a prawidłowość wykonania usługi nie jest uzależniona od osiągnięcia rezultatu, gdyż nie świadczy o nienależytym wykonaniu umowy odzyskanie VAT na mniejszym od zakładanego poziomie czy nieodzyskanie go w ogóle, o ile nie jest to skutkiem działań i zaniechań wykonawcy. Ponadto poprzez postawienie wymogu osiągnięcia rezultatu w postaci zwrotu i to na określonym poziomie Zamawiający uzależnia ocenę wiedzy i doświadczenia wykonawcy od okoliczności leżących de facto poza jego osobą, skoro stopień skomplikowania procedury zwrotu nie ma bezpośredniego powiązania z dochodzoną i otrzymaną kwotą zwrotu, bo ta zależy od sytuacji prawno-faktycznej podatnika i wartości inwestycji, a i sam rezultat w postaci zwrotu uzależniony jest przede wszystkim od osoby podatnika i jego sytuacji prawno-podatkowej, a nie osoby wykonawcy. Tym samym okoliczność, że wykonawca może wykazać się usługą zakończoną zwrotem

podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN nie potwierdza, iż jest on bardziej wiarygodny czy skuteczny od wykonawcy, który taką usługą się nie legitymuje. Powyższe prowadzi w konsekwencji do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, aby zamówienie wykonywał wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż może on określić warunki udziału na takim poziomie, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy gwarantują odpowiedni poziom pewności co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia, jednak musi to uczynić w ramach obowiązujących przepisów. Tymczasem wymaganie, by wykonawca wykazał się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN, nie tylko narusza przepisy ustawy Pzp, ponieważ jest warunkiem nieadekwatnym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, ale ponadto w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, odwołując się do konieczności osiągnięcia rezultatu, który w przeważającej mierze uzależniony jest od sytuacji podatnika i wartości inwestycji, a nie sposobu wykonania usługi przez doradcę.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej kwocie 3600 zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

……