

Sygn. akt: KIO/UZP 394/09

**WYROK**  
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 8 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Historyczne Miasta Gdańska w Gdańsku, ul. Długa 46/47** protestu ~~protestów~~\* z dnia 13 marca 2009 r.

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **Konsorcjum Restauro sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Toruniu, ul. Łazienna 4 i Zbigniewa Kegel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Dorado” z siedzibą w Redzie, ul. Konwaliowa 2 oraz Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Wielkopolska 5A i Polwar S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Starowska 2** – po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.00zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów **xxx**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięciu tysięcy czterysta dwudziestu sześciu złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na prace ratownicze Twierdzy w Wisłoujściu – unikatowa fortyfikacja w skali europejskiej zostało wszczęte przez zamawiającego – Muzeum Historyczne Miasta Gdańska w Gdańsku, ul. Długa 46/47 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2009r. za numerem 8278-2009.

W dniu 9 marca 2009r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum Restauro sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Toruniu, ul. Łazienna 4 i Zbigniewa Kegel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Dorado” z siedzibą w Redzie, ul. Konwaliowa 2. Oferta ta uzyskała 100 pkt. w ramach jedyne go kryterium ceny. Kolejną ofertą w rankingu ofert była oferta Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Wielkopolska 5A i Polwar S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Starowska 2. Oferta uzyskała 92,05 pkt.

Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2 uznając, że wykonawca ten na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwanej ustawą) podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż wniesione przez niego wadium nie zabezpiecza całego okresu związania ofertą.

Pismem z dnia 13 marca 2009r. Konsorcjum Hydrobudowa S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 i Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Szymanowskiego 2 – zwany dalej odwołującym, wniosło protest na wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Restauro sp. z o.o. i Zbigniewa Kegel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Dorado” pomimo tego, że oferta na skutek zastosowania wadliwej stawki podatku VAT jest sprzeczna z ustawą, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. pomimo tego, że oferta na skutek zastosowania wadliwej stawki podatku VAT jest sprzeczna z ustawą i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania pomimo złożenia przez odwołującego wadium zabezpieczającego cały okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz innych wymienionych w uzasadnieniu protestu i wniósł o :

1. uchylenie decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
3. odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
4. uchylenie decyzji o wykluczeniu z postępowania odwołującego,
5. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy lub art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu protestu, gdyż jego oferta w przypadku nie dokonania przez zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonania czynności odrzucenia ofert pozostałych uczestników, byłaby najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu. Gdyby jednak zamawiający nie uznał zarzutów odnoszących się do odrzucenia oferty pozostałych wykonawców, to wówczas powinien był unieważnić postępowanie, jako obarczone wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem 3 Instrukcji dla wykonawców stanowiącej część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiotem postępowania są prace ratownicze obejmujące :

- a) remont konserwatorsko – hydrotechniczny murów Fosbrei północnego i południowego oraz,
- b) remont konserwatorsko – hydrotechniczny murów kurtynowych zachodniego i wschodniego.

Według CPV prace te zostały sklasyfikowane przez zamawiającego jako

45.45.30.00-7 – roboty remontowe i renowacyjne,

45.24.40.00-9 – wodne roboty budowlane,

45.50.00.00-2 – wynajem maszyn i urządzeń wraz z obsługą operatorską do prowadzenia robót z zakresu budownictwa oraz inżynierii wodnej i lądowej.

W części III siwz – opis przedmiotu zamówienia zamawiający szczegółowo opisał prace objęte przedmiotem zamówienia, a na zapytanie jednego z wykonawców wyjaśnił, że przez roboty budowlano-konserwatorskie rozumie roboty w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków o opiece nad zabytkami, podejmowanie przy zabytku lub w jego otoczeniu, mające na celu zabezpieczenie i utrwalenie substancji zabytku oraz zahamowanie procesów jego destrukcji. W zakresie przedmiotowego zamówienia były to ;

1. prace budowlane związane z wykonaniem ścianki szczelnej, zabezpieczającej od strony kanału portowego oraz prace wykonywane w części hydrotechnicznej dotyczącej fundamentów łącznie z cokołem oraz w części konserwatorskiej, dotyczącej murów zewnętrznych z partią cokołów kamiennych i murów wewnętrznych wraz ze sklepieniami w zakresie szczegółowości projektu budowlanego mieszczą się w PKWiU w dziale "roboty budowlane" w odpowiedniej podkategorii w zależności od wykonywanych prac,

2. prace remontowo – konserwatorskie przy remoncie murów kurtynowych i Fosbrei Twierdzy w Wisłoujściu, których zakres będzie obejmował wzmocnienie konstrukcji fundamentowych, murów zewnętrznych z partią cokołów kamiennych i murów wewnętrznych wraz ze sklepieniem (dot. Bastionów i poterny) wytypowanych obiektów Fortu Carre, w zakresie szczegółowości projektu budowlanego sklasyfikowane są wg. PKWiU w ugrupowaniu „usługi ochrony zabytków”.

Odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotu zamówienia w projekcie wykonawczym projektant posłużył się definicją remontu w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a pojęcia „konserwacja zabytków” użył jedynie w rozumieniu potocznym, a nie jako usług konserwatorskich wykonywanych przez osoby uprawnione czyli posiadające tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków, które

odbyły po ukończeniu tych studiów co najmniej 12 miesięczną praktykę zawodową w zakresie konserwacji i badania zabytków. Wśród robót objętych przedmiotem zamówienia nie występują roboty, które powinny być realizowane przez uprawnionych restauratorów. Przedmiotem zamówienia objęte są przykładowo wymiana mocno zasolonych i zdeintegrowanych cegieł na cegły nowe. Zamawiający udzielając wyżej wskazanych wyjaśnień w sposób nieuprawniony, w ocenie odwołującego, dokonał samodzielnej klasyfikacji przedmiotu zamówienia, gdyż do takiej klasyfikacji uprawniony jest wyłącznie Ośrodek Standardowo 0- Kwalifikacyjny Urzędu Statystycznego z siedzibą w Łodzi, co wynika z informacji udzielonej przez Urząd Skarbowy Poznań – Jeżyce z dnia 14 czerwca 2004r., która odwołujący załączył jako dowód.

Nadto odwołujący wskazał na treść postanowienia Urzędu Skarbowego w Rzeszowie z dnia 20 lutego 2006r. znak IIUS-II-443/2/2006, który do usług ochrony zabytków zaliczył konserwację oraz rekonstrukcję zniszczonych dzieł sztuki (obrazów, mebli i innych elementów stolarki artystycznej, rzeźb itp.) oraz konserwację miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej (z wyjątkiem prac budowlanych), a także sporządzania odpowiedniej dokumentacji wymaganej przepisami o ochronie zabytków, dotyczącej prac wykonywanych w obiektach zabytkowych oraz nadzór konserwatorski i konsultacje dotyczące wykonywania tych prac. Odwołujący na dowód powyższego przedłożył wskazane postanowienie.

Odwołujący wskazał, że Urząd Statystyczny w Łodzi pismem z dnia 9 marca 2009r. znak OK.-5672/KU-900/2009 uznał, że usługi konserwacji zabytków (konserwacji i rekonstrukcji dzieł sztuki oraz usługi konserwacji miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej) z wyjątkiem prac budowlanych, wykonywane pod nadzorem konserwatorów zabytków przez renowatorów zabytków, pomocników konserwatorów i innych personel fachowy uznany za właściwy do wykonania tego rodzaju prac w obiekcie zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków oraz z opracowaniem programu prac konserwatorskich oraz odpowiedniej dokumentacji (opisowej i fotograficznej) mieszczą się w grupowaniu PKWiU 91.03.10.0 tj. usług związanych z działalnością historycznych miejsc i budynków oraz podobnych atrakcji turystycznych. Natomiast w przedmiocie skarżonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich prac nie ma. Natomiast roboty objęte przedmiotem zamówienia mieszczą się w PKWiU 42 jako budowle i roboty ogólnobudowlane związane z budową obiektów inżynierii wodnej i lądowej lub w dziale PKWiU 43 – roboty budowlane specjalistyczne. Ponadto Urząd Statystyczny wskazał, że dla celów podatkowych zastosowanie ma nadal grupowanie PKWiU 92.52.12- 00.00 – usługi ochrony zabytków, gdzie mieszczą się wyłącznie usługi (z wyjątkiem prac budowlanych) wykonywane pod nadzorem konserwatorów zabytków przez renowatorów zabytków, pomocników konserwatorów i innych personel fachowy uznany za właściwy do

wykonania tego rodzaju prac w obiekcie zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków oraz z opracowaniem programu prac konserwatorskich oraz odpowiedniej dokumentacji. Jednakże odwołujący stwierdził, że i takie usługi w przedmiocie zamówienia nie występują. Na dowód swoich twierdzeń przedłożył pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi. Na skutek dokonanej klasyfikacji PKWiU odwołujący zwrócił się o interpretację podatkową do Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy, której jednak na dzień składania protestu nie otrzymał. Wskazał jednak, że wobec braku podstaw do uznania części prac objętych zamówieniem za usługi ochrony zabytków, przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu stawką podstawową w wysokości 22% i nie można tej sytuacji faktycznej i prawnej interpretować rozszerzająco na gruncie ustawy o podatkach od towarów i usług. Z tego względu uznał, że zarówno oferty wykonawcy wybranego jak i Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. zawierają błąd w obliczeniu ceny, który nawet po nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008r. jest błędem w obliczeniu ceny, którego nie można usunąć. Na podkreślenie swoich argumentów odwołujący powołał się na wyrok ZA z dnia 28 marca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-315/07, wyrok ZA z dnia 19 lutego 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-151/07. Odwołujący wskazał ponadto, że wyjaśnienia zamawiającego z dnia 5 lutego 2009r. podniesione na wstępie protestu wprowadziły błędny i nieuzasadniony dokumentacją postępowania podział przedmiotu zamówienia na roboty hydrotechniczne, remontowo-budowlane oraz prace konserwatorskie, ale taka sytuacja daje podstawy do unieważnienia postępowania zgodnie z wyrokiem ZA z dnia 25 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-153/06.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy odwołujący podniósł, że złożone przez niego wadium zabezpiecza cały okres związania ofertą, o czym świadczy oświadczenie PZU S.A. Oddział w Gdańsku z dnia 4 marca 2009r. znak GD/16437/2009/W/MZEN, zaś niewłaściwy termin końcowy podany w gwarancji ubezpieczeniowej wynika jedynie z omyłki pisarskiej osoby sporządzającej gwarancję. Omyłka ta nie wpływa, według odwołującego, w jakikolwiek sposób na możliwość realizacji przez zamawiającego uprawnień z przedmiotowej gwarancji, a interes zamawiającego w żaden sposób nie został ani naruszony, ani zagrożony. W uzasadnieniu swoich twierdzeń odwołujący powołał się na stanowisko doktryny – J. Pieróg „Komentarz” Prawo Zamówień Publicznych” Warszawa 2009 str. 200 oraz na wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 2001r. sygn. akt II SA 863/00. Odwołujący przedstawił także stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 13 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP 141/09 i z dnia 5 grudnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1361/08 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. akr V Ca 2506/07 przemawiające za przyjęciem szerokiej interpretacji interesu prawnego, w tym także zmierzającego do uniknięcia zawarcia przez zamawiającego nieważnej umowy. Dodatkowo odwołujący jako dowód załączył wydruk korespondencji e-mail z zakładem ubezpieczeń w przedmiocie przesunięcia okresu ubezpieczenia. Protest został podpisany przez członka

zarządu Hydrobudowa S.A. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji Lidera Konsorcjum zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty oraz pełnomocnictwem z dnia 12 lutego 2009r. str. 42 i 43 oferty udzielonym przez Stabilator sp. z o.o. Liderowi, podpisanym przez członka zarządu Stabilator sp. z o.o. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji Lidera Konsorcjum zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 16 marca 2009r. zamawiający faksem powiadomił pozostałych uczestników postępowania o wpłynięciu protestu i wezwał ich do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

W dniu 19 marca 2009r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. wnosząc o oddalenie protestu w odniesieniu do każdego z zarzutów, w tym zarzutu ewentualnego unieważnienia postępowania. Konsorcjum wskazał, że posiada interes prawny w przystąpieniu, gdyż samodzielnie złożył protest na wybór oferty najkorzystniejszej i uwzględnienie tego protestu oraz oddalenie protestu odwołującego spowoduje, że oferta Konsorcjum będzie jedyną ważną ofertą w postępowaniu, a Konsorcjum będzie miało szanse na uzyskanie zamówienia. W uzasadnieniu podniósł, że popiera stanowisko zamawiającego, co do wykluczenia odwołującego z postępowania i wskazał, że art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ma charakter obligatoryjny skutkuje odrzuceniem oferty niezabezpieczonej wadium na cały okres związania ofertą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 października 2005r. sygn. akt IV Ca 468/05 oraz wyroki ZA z dnia 5 kwietnia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-588/05 oraz orzecznictwo Izby z dnia 26 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 584/08. Wskazał, że wady wadium nie mogą być usunięte w drodze wyjaśnień. Ponadto wadium odwołującego zawierało także zapis „Gwarant zapłaci w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania” podczas gdy wykonanie zobowiązań Gwaranta powinno nastąpić niezwłocznie, gdyż tak wymagał tego zamawiający w cz. I pkt 10.2.2e siwz.

Co do stawki podatku VAT, to zdaniem Konsorcjum, stanowisko odwołującego jest błędne, gdyż przedmiotem postępowania objęte są zarówno roboty budowlane mieszczące się w dziale 45 PKWiU jak i usługi ochrony zabytków sklasyfikowane w grupowaniu 92.52.12-00.00. Dla zamówienia wykonano projekty konserwatorskie, a dokumentacja została oparta o aktualny program prac konserwatorskich i budowlano – konserwatorskich zawierających rozwiązania technologiczne uwzględniające problematykę i techniczną specyfikę tej budowli oraz trudne warunki eksploatacji. Ponadto zamawiający wymagał posiadania specyficznej kadry posiadającej 5 letnie doświadczenie w pracy przy zabytkach, a także uprawnienia wymagane Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do

rejestr zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych. Konsorcjum wskazało na wymogi postawione przez zamawiającego dla kierownika budowy, kierownika prac konserwatorskich i kierownika robót hydrotechnicznych. Konsorcjum podkreśliło, że zamawiający wymagał realizacji usług konserwatorskich przez osoby posiadające wymagane uprawnienia. Podkreśliło, że treść zapytania skierowanego przez odwołującego do Urzędu Statystycznego w Łodzi nie została załączona, co powoduje, że Urząd Statystyczny udzielił standardowej odpowiedzi na temat grupowań i działów, a zawarty w załączonym do protestu piśmie z dnia 9 marca 2009r. opis prac dotyczących ochrony zabytków zawarty w grupowaniu 92.52.12-00.00 odpowiada całkowicie pracom konserwacji i rekonstrukcji Twierdzy Wisłoujście, które wykonywane będą pod nadzorem konserwatora zabytków i przez fachowy personalna obiekcie wpisanym do rejestru zabytków. Interpretacja Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy jest zbędna dla rozstrzygnięcia, gdyż stan faktyczny został we wniosku o interpretację opisany błędnie, a nadto ten Urząd wydał już interpretację na potrzeby Konsorcjum w dniu 5 listopada 2008r. znak ITPP1/443-773a/08/MN oraz ITPP1/443-773b/08/MN, do których zastosowało się Konsorcjum składając ofertę. Konsorcjum podniosło także brak interesu prawnego odwołującego we wniesieniu protestu, jednakże Konsorcjum wskazało, że w powołanym przez odwołującego orzeczeniu Izby z dnia 13 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UXP 141/09 wskazano, że interes prawny powinien przejawiać się w uzyskaniu zamówienia oraz w doznaniu lub możliwości doznania w nim uszczerbku, a w przedmiotowej sprawie odwołujący nie wykazał, że jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku.

W zakresie wniosku ewentualnego o unieważnienie postępowania, to Konsorcjum stanęło na stanowisku, że wniosek ten jest niezasadny, gdyż w postępowaniu pozostaje jako ważna oferta Konsorcjum nie ma podstaw do unieważnienia postępowania. Przystąpienie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu Ekoinbud zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS załączonym do oferty oraz pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 19 lutego 2009r. udzielonym przez Polwar S.A. Ekoinbud sp. z o.o. podpisanym przez osoby upoważnione do reprezentacji Polwar S.A.

W dniu 18 marca 2009r. do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie protestu w całości i wskazując, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a protest zmierza do jej odrzucenia lub unieważnienia postępowania, a więc dotyczy bezpośrednio praw wykonawcy wybranego. W uzasadnieniu przystąpienia wykonawca wybrany wskazał, że zarzut zastosowania błędnej stawki VAT jest nietrafny, gdyż interpretacja statystyczna przedstawiona przez odwołującego nie pozwala na rozstrzygnięcie, do której kategorii należy zaliczyć poszczególne czynności, które muszą być wykonane przy realizacji zamówienia np. wykonanie ścianki szczelnej zabezpieczającej obiekt od strony Kanału Portowego.



Wykonawca wybrany wskazał, że zamawiający zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 5 sierpnia 2008r., sygn. akt KIO/UZP 750/08 nie jest zobowiązany do wskazania stawki podatku VAT. Zastosowanie się do interpretacji jest uprawnieniem podatnika, a nie jego obowiązkiem. Zamawiający wyodrębnił część konserwatorską zadania w projektach nr 308/2005/7, 308/2005/8, 308/2005/10 i 308/2005/11, wyodrębnił także kosztorysy nakładcze i nakazał złożyć osobno kosztorysy ofertowe na część hydrotechniczną i konserwatorską. W części konserwatorskiej występują prace konserwatorskie i incydentalnie prace budowlane niezbędne do ich wykonania tj. około 17- 30%. Prace konserwatorskie podlegają zwolnieniu od podatku VAT. Wskazał, na treść art. 3 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami podają zawarte w tych przepisach definicje prac konserwatorskich i restauratorskich. Wskazał na 12 czynności będących w jego ocenie pracami konserwatorskimi np. naprawa uszkodzonej cegły w powierzchni murów zabytkowych przy głębokości kucia 1 cegła, naprawa uszkodzonej powierzchni murów zabytkowych, uzupełnienie ubytków zaprawami mineralnymi elementów ceglanych o parametrach istniejących cegieł, czyszczenie cokołu kamiennego z nanosów i glonów, konserwacja zachowanego gzymsu kamiennego, patynowanie murów, wykonanie dokumentacji badawczej, konserwatorskiej i fotograficznej. Podkreślił, że podatnikiem podatku VAT jest wykonawca i to on ponosi konsekwencje zastosowania niewłaściwej stawki. Wykonawca wybrany podkreślił, że wskazane wyżej prace są pracami określonymi PKWiU 92.52.12 i podlegają zwolnieniu z podatku VAT, natomiast pozostałe prace, to prace hydrotechniczne i do nich ma zastosowanie stawka podatku w wysokości 22% zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. W ocenie wykonawcy wybranego zarówno on jak i konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. prawidłowo w zakresie prac konserwatorskich jako stawkę przeważającą zastosowali zwolnienie z podatku, gdyż prace budowlane niezbędne do wykonania prac konserwatorskich stanowią jedynie niewielki procent, zaś w odniesieniu do robót hydrotechnicznych obaj wykonawcy prawidłowo podali stawkę 22%. Według wykonawcy wybranego, to oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Co do wykluczenia odwołującego, to wykonawca wybrany podzielił argumentację zamawiającego i przywołał na poparcie swojego stanowiska wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2006r. sygn. akt III CSK 25/06, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006r. sygn. akt I ACa 761/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 9 czerwca 2005r. sygn. akt I ACa 153/05 wskazujące na abstrakcyjny charakter gwarancji, z którego wynika, że wola zleceniodawcy – odwołującego i gwaranta – zakładu ubezpieczeń nie ma dla beneficjenta gwarancji – zamawiającego, żadnego znaczenia, a istotna jest wyłącznie literalna treść dokumentu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określająca zakres uprawnień zamawiającego. Z dokumentu przedłożonego przez odwołującego wynikało, że nie zabezpiecza on wymaganego okresu, a przyczyny tego stanu rzeczy leżą

poza kontrolą i kompetencją zamawiającego. Nie ma znaczenia także późniejsze sprostowanie czy anektowanie gwarancji, bo ocena tego dokumentu jest dokonywana na datę oceny ofert. Wykluczenie wykonawcy nie mającego prawidłowo zabezpieczonego wadium jest obowiązkiem zamawiającego, co potwierdza orzecznictwo Izby z dnia 25 lipca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 714/08, z dnia 26 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 832/08. Przystąpienie zostało podpisane przez prezesa zarządu Restauro sp. z o.o. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty oraz pełnomocnictwem konsorcjalnym załączonym na stronie 11 oferty podpisanym przez Zbigniewa Kegel prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą zgodnie z zaświadczeniem z ewidencji działalności gospodarczej załączonym do oferty.

W dniu 20 marca 2009r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia i zastosowanej przez wykonawcę wybranego i Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. stawki podatku VAT, zamawiający wskazał, że opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ani ustawa ani prawo budowlane nie określają szczegółowego zakresu tych dokumentów, zaś problematykę tę reguluje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej wydane na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy. Ponadto zamawiający wyjaśniał problematykę przedmiotu zamówienia na zebraniu wykonawców oraz udzielił wyjaśnień do siwz. Odwołujący w tym zakresie nie wnosił zapytań i akceptował wyjaśnienia zamawiającego, a więc, zdaniem zamawiającego, utracił prawo do kwestionowania zapisów siwz. Ponadto wszystkie zapisy siwz były dla odwołującego zrozumiałe, co potwierdził składając ofertę. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Statystycznego w Łodzi w dniu 12 sierpnia 2008r. o klasyfikację przedmiotu zamówienia oraz złożył wnioski o indywidualną interpretację podatkową. Na podstawie tej interpretacji wyjaśnił wykonawcom w dniu 5 lutego 2009r. pismem znak POI/BR/111/2009 pojęcie robót budowlano-konserwatorskich w celu zastosowania przez wykonawców prawidłowej stawki podatku, a także dodatkowego wyjaśnienia udzielił pismem z dnia 9 lutego 2009r. Zamawiający nie ma obowiązku wskazywania w siwz stawki podatku – wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30 września 2005r. sygn. akt II Ca 1065/05, z dnia 9 czerwca 2006r. sygn. akt II Ca 642/06 i poglądy doktryny J. Sadowy „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008r.”

Zarzut zatem samodzielnej klasyfikacji przedmiotu zamówienia przez zamawiającego jest chybiony. Oferty wykonawcy wybranego i Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. nie zawierały błędów w obliczeniu ceny i nie podlegały odrzuceniu. W zakresie podstaw wykluczenia z powodu braku wymaganego wadium, Zamawiający podniósł, że brak wadium

jest obligatoryjną podstawą wykluczenia. Na równi z tą sytuacją należy oceniać sytuację wniesienia wadium, ale na okres krótszy niż termin związania ofertą. Wykonawca nie ma prawnej możliwości poprawienia błędnej gwarancji na etapie oceny ofert, nie może go sprostować, uzupełnić treści gwarancji po terminie składania ofert, a zamawiającemu nie wolno jest dokonywać wykładni gwarancji w świetle art. 65 kc, dlatego wyjaśnienia zakładu ubezpieczeń nie mogą sanować błędnych postanowień dokumentu gwarancyjnego. Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający przywołał wyrok ZA z dnia 15 marca 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-239/07, wyrok Izby z dnia 12 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 168/08, z dnia 25 lipca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 714/08, z dnia 26 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 832/08 i z dnia 3 września 2008r. sygn. akt KIO/UZP 868/08. Z tych względów zamawiający nie mógł uznać za omyłkę pisarską okresu ważności wadium w świetle oświadczenia PZU S.A. Oddział w Gdańsku z dnia 4 marca 2009r. znak GD/1637/2009/W/MZEM. Zamawiający pouczył odwołującego, że odwołanie przysługuje mu wyłącznie od czynności wykluczenia wykonawcy w zakresie dotyczącym bezpośrednio tego wykonawcy.

Od rozstrzygnięcia protestu odwołujący wniósł odwołanie w dniu 25 marca 2009r. podtrzymując w całości swoje zarzuty i argumentację zawartą w proteście oraz wnosząc o uchylenie decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej,

1. odrzucenie oferty wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy,
3. uchylenie decyzji o wykluczeniu z postępowania odwołującego,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy lub art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący wskazał na swój interes prawny we wniesieniu odwołania argumentując w sposób analogiczny jak w proteście oraz podnosząc, że jego interes powinien być oceniany w ramach szerokiej interpretacji tego pojęcia na co wskazuje stanowisko Prezesa UZP zawarte w skardze na orzeczenie Izby z dnia 2 grudnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1321/08, które zostało poparte orzeczeniem Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 30 stycznia 2009r. sygn. akt VII Ga 59/08. Podobne stanowisko zajął także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007r. sygn. akt V Ca 2506/07. W rozwinięciu argumentacji odnoszącej się do określenia prawidłowej stawki podatku VAT, odwołujący powołał wyrok ZA z dnia 19 lutego 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-151/07 i wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania w przeważającej mierze występują roboty budowlane przy zabytkach nieruchomości, a jedynie akcydentalnie usługi konserwatorskie, ale nie wpływa to na zmianę stanowiska odwołującego, gdyż ogólną zasadą przy ustalaniu stawki podatku jest ustalenie

usługi przeważającej w danym świadczeniu/zadaniu, a tymi usługami są roboty budowlane. Zwolnienie od podatku od towarów i usług nie obejmuje wszystkich usług konserwatorskich zdefiniowanych w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, a jedynie wąski wycinek i dlatego spod zwolnienia wyłączone są wszelkie roboty budowlane wykonywane przy zabytkach. Odwołujący podziela stanowisko zamawiającego, że zamawiający nie ma obowiązku wskazywania stawki podatku VAT w siwz, ale to nie zmienia zasadności twierdzeń odwołującego, gdyż jest on przekonany o prawidłowości dokonanej oceny podatkowej zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2006r. sygn. Akt V Ga 222/03 uznanie a prawidłowa ceny z zaniżonym podatkiem VAT naruszałoby interesy innych przedsiębiorców i stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w rozstrzygnięciu twierdził, że działał w oparciu o informację statystyczną i interpretację podatkową ale nie przedstawił na te okoliczność dowodów, podobnie postąpiło przystępujące Konsorcjum Ekoinbud i Polwar. Według odwołującego stan faktyczny opisany przez niego we wniosku do Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy jest prawidłowy i zgodny z treścią dokumentacji przetargowej. Zdaniem odwołującego, fakt postawienia warunków posiadania wykwalifikowanego personelu – kierownika robót konserwatorskich zgodnie z rozdziałem 8 pkt 2 ppkt c tiret drugi może przesądzać o możliwości sklasyfikowania przedmiotu zamówienia w grupowaniu 92. Odwołujący wskazał, że wstępnie uzyskał potwierdzenie prawidłowości swego stanowiska podatkowego od Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy, a gdy otrzyma interpretację przekaże ją stronom. W zakresie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia odwołującego z powodu braku wadium, odwołujący w całości podtrzymał swoją argumentację zawartą w proteście. Odwołanie podpisał członek zarządu Hydrobudowa SA uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Lidera Konsorcjum zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty oraz pełnomocnictwem z dnia 12 lutego 2009r. str. 42 i 43 oferty udzielonym przez Stabilator sp. z o.o. Liderowi, podpisanym przez członka zarządu Stabilator sp. z o.o. upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji Lidera Konsorcjum zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 25 marca 2009r.

Zamawiający w dniu 26 marca 2009r. poinformował wykonawców o wpłynięciu odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w dniu 7 kwietnia 2009r. przystąpili wykonawca wybrany i Konsorcjum Ekoinbud po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wykonawca wybrany wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez nieprawidłowe wykluczenie odwołującego oraz w zakresie wniosku ewentualnego o unieważnienie postępowania. Wniósł także o odrzucenie odwołania w zakresie dotyczącym zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i oferty Konsorcjum Ekoinbud z uwagi

na niedopuszczalność odwołania w świetle art. 184 ust. 1a ustawy. Wskazał na swój interes prawny w przystąpieniu, argumentując analogicznie jak przy uzasadnieniu interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu przystąpienia podtrzymał argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego podnosząc dodatkowo, że wykładnia dokumentu gwarancji nie może być dokonywana w oderwaniu od abstrakcyjnego charakteru tego oświadczenia woli, niezwiązanego ze stosunkiem podstawowym. Rozwinął argumentację dotyczącą podstaw odrzucenia odwołania we wskazanym we wniosku przystąpienia zakresie wskazując na treść art. 184 ust. 1 a ustawy i przesłanki odrzucenia odwołania wynikającej z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy. Powołał się na wykładnię celowościową przepisu art. 184 ust. 1a ustawy wynikająca z uzasadnienia projektu rządowego nowelizacji ustawy. W zakresie zarzutów dotyczących stawki podatku VAT, to dodatkowo podniósł, że oferty spełniające merytoryczne i formalne wymagania SIWZ oraz zawierające cenę brutto będą praktycznie zawsze ofertami porównywalnymi, oraz wskazał, że bieżące orzecznictwo Izby odchodzi od poglądu nieporównywalności ofert z różnymi stawkami podatku VAT np. w orzeczeniu Izby z dnia 9 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 203/09 i KIO/UZP219/09. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało podpisane tak jak przystąpienie do postępowania protestacyjnego. Przystępujący Konsorcjum Ekoinbud wniosło o oddalenie odwołania w całości odwołania ewentualnie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy jako, że odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy. Wskazał swój interes prawny w przystąpieniu podnosząc, że odwołanie jest skierowane przeciwko jego ofercie i jego uwzględnienie godziłoby w słuszne interesy Przystępującego, a nadto sposób rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy może mieć wpływ na sposób oceny ofert w innych postępowaniach z udziałem Przystępującego o zbliżonym przedmiocie zamówienia. Podtrzymał także wywody dotyczące jego interesu prawnego zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego oraz podkreślił, iż bieżące stanowisko orzecznictwa wskazuje na szerokie ujęcie interesu prawnego np. w wyroku Izby z dnia 13 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 237/09, wyroku Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 25 kwietnia 2006r. sygn. akt I Ca 134/06 oraz postanowień art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG. W uzasadnieniu podniesionej w przystąpieniu argumentacji Konsorcjum Ekoinbud wniosło o przeprowadzenie dowodu z interpretacji podatkowych znak ITPP1/443-773a/08/MN oraz ITPP1/443-773b/08/MN, wskazując jednocześnie, że są to interpretacje pozyskane przez Zamawiającego przed wszczęciem przedmiotowego postępowania. Przystępujący wskazał na poglądy orzecznictwa dopuszczające przeprowadzenie dowodu z treści tych interpretacji – wyrok Izby z dnia 5 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP 107/09 i z dnia 17 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 236/09. Podniósł także, że zarzuty odwołującego skierowane przeciwko stanowisku zamawiającego i przystępującego Konsorcjum, co do objęcia zwolnieniem

podatkowym części zamówienia w zakresie usług ochrony zabytków za spóźnione, gdyż zarówno treść siwz jak i wyjaśnień z 5 lutego 2009r. wskazywały jednoznacznie na stanowisko zamawiającego, co do dopuszczalności skorzystania przez wykonawców ze zwolnienia podatkowego, a odwołujący nie skarżył ani postanowień siwz, ani treści wyjaśnień do siwz. Podniósł, że nawet gdyby przyjąć, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z powodu braku wadium, to i tak oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu z powodu błędów w obliczeniu ceny, których nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Podkreślił, że odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i oferty Konsorcjum Ekoinbud nie mieszczą się w katalogu przesłanek uprawniających do wniesienia odwołania poniżej progów unijnych i nie powinny być rozpatrywane na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia odwołującego Przystępujące Konsorcjum podniosło, że nie występuje w sprawie oczywista omyłka pisarska, gdyż taką omyłką jest omyłka, która jest zauważalna na pierwszy rzut oka, a skoro odwołujący musiał tę kwestię wyjaśniać, to nie może być mowy o oczywistości omyłki. W zakresie żądania ewentualnego unieważnienia postępowania, to przystępujące Konsorcjum wskazało, że żądanie jest bezzasadne w świetle uchylenia przez ustawodawcę art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy i pozbawienia Izby możliwości orzekania o unieważnieniu postępowania z urzędu. Przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika Lidera Konsorcjum upoważnionego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 kwietnia 2009r. załączonego do przystąpienia podpisanego przez prezesa zarządu Lidera Konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera zgodnie z odpisem z KRS.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 5 041 837,80zł., co stanowi równowartość 1 300 414,69 euro (protokół postępowania – druk ZP-2). Przedmiotem postępowania są roboty budowlane. Termin składania ofert ustalony w ogłoszeniu i siwz (pkt 16 siwz) na dzień 13 lutego 2009r. został pismem zamawiającego z dnia 12 lutego 2009r. znak POI/BR/120/2009 przedłużony do dnia 25 lutego 2009r. Termin związania ofertą wynosił 30 dni i rozpoczynał swój bieg wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 17 siwz) Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt 19 siwz była cena. W dniu składania ofert wpłynęły 3 oferty tj.

1. Konsorcjum Restauro sp. z o.o. i Zbigniewa Kegel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Dorado” z ceną oferowaną 3 852 906,64zł.
2. Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. z ceną oferowaną 4 194 598,25zł.
3. Konsorcjum Hydrobudowa S.A. i Stabilator sp. z o.o. z ceną oferowaną 5 449 740,00zł. (Druk ZP-12).

Zamawiający w pkt 10 siwz wymagał wniesienia wadium w wysokości 100 000zł. Wadium mogło być wnoszone w formach przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy. Zamawiający określił, co powinien zawierać dokument stanowiący dowód wniesienia wadium w formie gwarancji tj. :

- a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) określenie wiarygodności, która ma być zabezpieczona gwarancją,
- c) kwotę gwarancji,
- d) zobowiązanie gwaranta do : „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano:
  - odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
  - nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
  - zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”

Powyższe postanowienia zamawiający nakazał stosować odpowiednio do poręczeń. Wadium składane w innej formie niż gotówka należało złożyć w kasie zamawiającego pokój 107. Wadium należało wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego zamawiający uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący jego rachunek potwierdził, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający określił, że zwrot wadium lub jego zatrzymanie nastąpi według zasad określonych w art. 46 ustawy.

Odwołujący na stronach 44 i 45 oferty załączył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr GWo/90b/09-031 z dnia 23 lutego 2009r..

Gwarancja zawierała określenie gwaranta, beneficjenta gwarancji i oferenta ze wskazaniem ich siedzib. W § 1 ust. 2 wskazano, że stanowi ona zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami siwz w przedmiotowym wskazanym z nazwy przetargu. W § 2 ust. 1 określono sumę ubezpieczenia na kwotę 100 000zł., zaś w ust. 2 tegoż paragrafu zawarto odmienne od wymaganych przez zamawiającego w pkt 10 ust. 2 lit. d siwz przesłanki zapłaty wadium zamawiającemu, gwarant postanowił bowiem, że zapłaci w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 2 oraz zawierającego oświadczenie, że :

- 1) oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie,

- 2) oferta Oferenta została wybrana, oraz że ;
  - a) oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
  - b) oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
  - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta.

W § 3 ust. 1 gwarancji wskazano, że obowiązuje od dnia 25 lutego 2009r. do dnia 23 marca 2009r. włącznie i tylko wezwanie do zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na wskazany w § 9 gwarancji adres korespondencyjny, spełniające wymogi określone w ust. 2, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji. Wymogi wezwania do zapłaty określał ust. 2 § 3 i były to wskazanie rachunku bankowego beneficjenta oraz podpisy osób upoważnionych do składania oświadczeń w imieniu beneficjenta. Ponadto w ust 3 tegoż paragrafu wskazano, że z chwilą wygaśnięcia odpowiedzialności Gwaranta, dokument gwarancji powinien być niezwłocznie zwrócony Gwarantowi.

Jednym z powodów wygaśnięcia gwarancji określonych w § 4 był zwrot Gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji przez Beneficjenta przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Do oferty została załączona kopia dokumentu gwarancji poświadczona za zgodność z oryginałem.

Odwołujący do odwołania załączył następujące dokumenty, z których żądał przeprowadzenia dowodu :

1. pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 9 marca 2009r. znak OK.-5672/KU-900/2009 na okoliczność ustalenia, że przedmiot zamówienia nie obejmuje usług ochrony zabytków w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług,
2. oświadczenie PZU S.A. Oddział w Gdańsku z dnia 4 marca 2009r. znak GD/16437/2009/W/MZEM, na okoliczność ustalenia, że odpowiedzialność zakładu trwa w okresie związania ofertą tj. od dnia 25 lutego 2009r. do dnia 26 marca 2009r. , a zapisany termin w przedłożonej do przetargu gwarancji wynika z omyłki pisarskiej osoby sporządzającej.
3. wydruku korespondencji elektronicznej z dnia 20 lutego 2009r. od Marka Salomona do PZU Zemlis Małgorzaty na okoliczność ustalenia, że wniosek o przesunięcie okresu ubezpieczenia dotyczył okresu od 25 lutego 2009r. do 26 marca 2009r.,
4. pisma zamawiającego z dnia 12 lutego 2009r. znak POI/BR/120/2009 na okoliczność ustalenia, że zamawiający przedłużył termin do składania ofert do dnia 25 lutego 2009r.
5. uproszczonego wniosku o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową wydawaną w ramach umowy o okresowe udzielania gwarancji ubezpieczeniowych kontraktowych



nr UO/GKR/()/08-031 na okoliczność ustalenia treści wniosku o wystawienie dokumentu gwarancji wadialnej,

6. wydruku korespondencji elektronicznej w okresie 12 – 13 marca 2009r. na okoliczność ustalenia przebiegu czynności związanych ze złożeniem wniosku o przesunięcie okresu gwarancji,
7. wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej ORD-IN do Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy dnia 13 marca 2009r. na okoliczność ustalenia, że odwołujący wystąpił o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej w odniesieniu do stawki podatku VAT obowiązującej dla przedmiotu zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, pisma zamawiającego z dnia 12 lutego 2009r. znak POI/BR/120/2009, oferty odwołującego, oświadczenia PZU S.A. Oddział w Gdańsku z dnia 4 marca 2009r. znak GD/16437/2009/W/MZEM

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego w postaci pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 9 marca 2009r. znak OK.-5672/KU-900/2009 i wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej ORD-IN do Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy dnia 13 marca 2009r. interpretacji indywidualnych wydanych na potrzeby zamawiającego znak ITPP1/443-773a/08/MN oraz ITPP1/443-773b/08/MN oraz interpretacji indywidualnej przedłożonej na rozprawie przez odwołującego z dnia 7 kwietnia 2009r. znak ITPP1/443-241/09/BS jako dotyczących zarzutów niedopuszczalnych w rozumieniu art. 184 ust. 1a ustawy, wydruku korespondencji elektronicznej z dnia 20 lutego 2009r. od Marka Salomona do PZU Zemlis Małgorzaty, wydruku korespondencji elektronicznej w okresie 12 – 13 marca 2009r. i uproszczonego wniosku o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową wydawaną w ramach umowy o okresowe udzielania gwarancji ubezpieczeniowych kontraktowych nr UO/GKR//08-031 jako dowodów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący miał interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w postępowaniach o wartości szacunkowej poniżej kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (oczywiście z zastrzeżeniem wynikającym z art. 4 pkt 8 ustawy – tj. gdy ustawa ma zastosowanie) protesty przysługują na wszelkie czynności i zaniechania zamawiającego godzące w interes prawny wykonawcy. Jednakże dopuszczalność wniesienia odwołania w takich postępowaniach została przez ustawodawcę

ograniczona do wyłącznie 4 kategorii zarzutów określonych w art. 184 ust. 1a ustawy. Zatem odwołujący kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia tej oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty znajdującej się na drugiej pozycji w rankingu ofert oraz własnego wykluczenia na etapie protestu miał szanse na uzyskanie zamówienia w przypadku uwzględnienia protestu. Na etapie odwołania z mocy ustawy niedopuszczalne było jednak podniesienie zarzutów skierowanych przeciwko innym czynnościom lub zaniechaniom zamawiającego niż mieszczącym się w katalogu art. 184 ust. 1 a ustawy. Jedynym dopuszczalnym zarzutem sformułowanym przez odwołującego był zarzut odnoszący się do bezprawności jego własnego wykluczenia. Jednakże podniesienie tego zarzutu i jego ewentualne uwzględnienie nie wpływało na pozycję odwołującego w rankingu ofert, gdyż złożył on ofertę z najwyższą ceną, a nie mając prawa do kwestionowania prawidłowości czynności związanych z dopuszczeniem do oceny ofert, ofert wykonawców go poprzedzających nie miał szans na uzyskanie zamówienia.

Zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i oferty Konsorcjum Ekoinbud są niedopuszczalne w świetle art. 184 ust. 1 a ustawy, gdyż odnosi się rozstrzygnięcia protestu w części dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania jej odrzucenia oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy znajdującego się na drugiej pozycji w rankingu ofert, a więc nie mieści się w katalogu zarzutów, które z mocy art. 184 ust. 1a ustawy mogą być przedmiotem odwołania w postępowaniach o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 5 150 000 euro.

Nowelizacja ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.171.1058) weszła w życie w dniu 24 października 2008r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 23 stycznia 2009r. Zatem do odwołania z dnia 225 marca 2009r. będą mieć zastosowanie przepisy art. 184 ust. 2 w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008r. Przepis ten stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jeśli wartość zamówienia jest mniejsza w postępowaniach na roboty budowlane od równowartości kwoty 5 150 000 euro. Pomiędzy stronami nie było sporne, iż wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartość kwoty 5 150 000 euro. Odwołanie w takiej sytuacji przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

W przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa stanowi równowartość 1 300 414, 69 euro.

Odwołanie zatem w tym przypadku nie służy na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący natomiast w odwołaniu sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wnioski sformułowane przez Odwołującego wskazują, że jego wolą była eliminacja z postępowania wykonawcy wybranego, a także wykonawcy znajdującego się na drugiej pozycji w rankingu ofert, bo nakazania Zamawiającemu właśnie takiej czynności się domaga. Izba z mocy art. 191 ust. 3 ustawy pozostaje związana zarzutami wskazanymi w proteście, które w przedmiotowej sprawie są identyczne z zarzutami podniesionymi w odwołaniu i z tych względów Izba zobowiązana była uznać, że protest został skierowany przeciwko czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty znajdującej się na drugiej pozycji w rankingu ofert, a więc czynności nie mieszczących się w katalogu wyznaczonym art. 184 ust. 1 a ustawy. Z tych względów działając na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Izba zobowiązana byłaby odrzucić odwołanie, jeśli odnosiłoby się jedynie do tych zarzutów.

Na marginesie Izba wyjaśnia, że ustawodawca na gruncie ustawy w ramach środków ochrony prawnej nie stosuje się do cywilistycznego ujęcia czynności prawnych, a więc pod pojęciem czynności nie obejmuje zaniechań Zamawiającego, czyniąc z nich odrębną kategorię zachowań Zamawiającego mających znaczenie prawne. Za taką wykładnią przemawia treść art. 180 ust. 1 ustawy wskazujący, że protest przysługuje m. in. wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności. Dlatego ustawodawca stanowiąc o prawie do odwołania w ramach postępowań poniżej progów unijnych, umożliwił wykonawcom składanie odwołań tylko w związku z czynnościami, które dotyczą ich bezpośrednio (art. 184 ust. 1 a pkt 3 ustawy) lub ich ofert (art. 184 ust. 1 a pkt 4 ustawy). Wskazuje na to wprost brzmienie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy nakazując Izbie odrzucenie odwołania, gdy dotyczy ono innych czynności (a więc nie zaniechań dokonania czynności) niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy. Z tych względów Izba nie mogła także uznać dopuszczalności odwołania uznając, że w rzeczywistości zarzut Odwołującego dotyczył zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ekoinbud sp. z o.o. i Polwar S.A. Również Izba nie podziela stanowiska odwołującego wyrażonego w odwołaniu oraz zaprezentowanego na posiedzeniu, że dopuszczalne było wniesienie w przedmiotowej sprawie odwołania w oparciu o przesłankę określoną w art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy. Przepis ten dopuszcza wnoszenie odwołań w postępowaniach o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych jeżeli rozstrzygnięcie protestu dotyczy opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcie protestu nie dotyczyło warunków udziału w postępowaniu, ani oceny sposobu spełniania tych warunków przez wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu określa art. 22 ust. 1 ustawy, a więc są

to postanowienia siwz odnoszące się do właściwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w postaci posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania określonej działalności gospodarczej (koncesje, zezwolenia, działalność regulowana, działalność objęta zezwoleniem, licencją lub zastrzeżona dla osób posiadających konkretne uprawnienia zawodowe), doświadczenia w realizacji Zamówień danego rodzaju, posiadanej wiedzy, posiadanego personelu lub personelu, którym wykonawca może dysponować przy realizacji zamówienia, a także posiadanego czy pozostającego w dyspozycji wykonawcy zaplecza technicznego umożliwiającego realizację zamówienia, a także zdolności finansowej wykonawcy, czy nie podlegania wykluczeniu z postępowania. Wraz z warunkami udziału w postępowaniu zamawiający w siwz na mocy art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy jest zobligowany podać opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku przetargu nieograniczonego najczęściej stosowaną klauzulą jest dokonanie oceny spełnienia warunków udziału poprzez badania czy dany warunek został spełniony czy też nie w procedurach ograniczonych sposób oceny spełnienia warunków przybiera często formę wstępnej kwalifikacji wykonawców poprzez przyznawanie im punktów w ramach postawionych warunków i kwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy mieszczą się w liczbie podmiotów, które zostaną zaproszone do składania ofert zgodnie ze wskazaniem w siwz i które uzyskały najwyższą liczbę punktów w ramach tej wstępnej selekcji. Z uwagi na fakt, że ustawodawca sformułował przesłankę wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej progów unijnych jako zarzutu odnoszącego się do rozstrzygnięcia postępowania dotyczącego opisu sposobu oceny spełnienia warunków, a nie do dokonywania oceny spełnienia warunków, Izba wskazuje, że odwołanie w oparciu o tę przesłankę może być wniesione wyłącznie na etapie zaskarżenia treści ogłoszenia względnie treści siwz, gdyż tylko tam występuje opis sposobu oceny spełnienia warunków, który może mieć dyskryminujący charakter i w konsekwencji prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących tego, że opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowania, w więc jeszcze raz podkreślając warunków określonych na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy, ani w proteście, ani w odwołaniu. Sporne pomiędzy stronami jest natomiast to czy przedmiot zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie został opisany jednoznacznie i umożliwił wykonawcom dokonanie właściwej kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem prawidłowych stawek podatku VAT oraz czy te stawki zostały w sposób prawidłowy obliczone w cenie oferty wykonawcy wybranego i oferty Konsorcjum Ekoinbud czy też prawidłowej czynności w tym zakresie dokonał odwołujący i czy oferty wobec powyższego są porównywalne w jedynym kryterium oceny ofert jakim zamawiający ustanowił cenę. Art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy nie zezwala zatem na wnoszenie odwołania na każdy warunek rozumiany jako

postanowienie siwz, ale tylko taki, który pozwala wykonawcom ubiegać się o zamówienie. Tym samym wskazana przez odwołującego podstawa prawna dopuszczalności odwołania nie ma zastosowania w odniesieniu do zarzutów podniesionych przez odwołującego w odwołaniu, a dotyczących przedmiotu zamówienia i prawidłowości dokonania oceny ofert w ramach przyjętego przez zamawiającego kryterium. Z uwagi na to, że zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Izba nie ma kompetencji do wydania postanowienia częściowego w przedmiocie odrzucenia odwołania i częściowego wyroku merytorycznego, Izba po przeprowadzeniu rozprawy uznała zarzuty za niedopuszczalne i nie podlegające rozpoznaniu. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy wybranego zaprezentowanego na rozprawie, że dopuszczalne jest w tym zakresie wydanie rozstrzygnięć częściowych w tym wyroku częściowego wskazując, że art. 184 ust. 6 ustawy stanowiący odesłanie w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym nie daje podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o trybie procesowym tj. poprzez art. 13 § 2 kpc do art. 317 § 1 kpc, a to z tego względu, że na mocy art. 1184 § 2 zd. 2 kpc sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu (przepisami kpc). Tym samym niedopuszczalne jest na gruncie ustawy szczególnej w odniesieniu do ustawy KPC jaką jest ustawa pzp odpowiednie stosowanie innych części kpc jak tylko przepisów o sądzie polubownym. Izba stoi na stanowisku, że odpowiednie stosowanie przepisów innych niż przepisy ustawy PZP musi być interpretowane ściśle, bez stosowania wykładni rozszerzającej. Regulacja postępowania odwoławczego stanowi instytucję szczególną i odrębną od przepisów KPC i nie można w tym zakresie dokonywać recepcji na grunt ustawy PZP instytucji uregulowanych w innych przepisach prawa w zakresie nie wynikającym z bezpośredniego odesłania (w tym przypadku art. 184 ust. 6 ustawy). Cel odrębnego uregulowania postępowań odwoławczych straciłby wówczas znaczenie dla szybkości i skuteczności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś wybiórcze stosowanie przepisów postępowania cywilnego prowadziłoby do destabilizacji systemu Zamówień Publicznych. Ustawa KPC w części dotyczącej postępowania przed sądem polubownym nie zawiera regulacji odnoszących się do wydawania wyroków częściowych, ani nie dopuszcza przyjęcia odmiennego trybu procesowania niż wskazany przez strony tego postępowania, a przenosząc to na grunt ustawy PZP trybu postępowania przed Izbą określonego przez ustawodawcę. W ocenie Izby art. 191 ust. 1 i 2 ustawy zawiera kompleksową regulację rodzajów orzeczeń wydawanych przez Izbę i w tym zakresie nie postawia możliwości stanowienia odmiennego. W tych też względów uwzględnienie wniosku wykonawcy wybranego było niedopuszczalne.

Izba podkreśla ponownie, że odwołujący nie miał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przy wnoszeniu odwołania, gdyż nawet w przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez niezgodne z prawem

wykluczenie odwołującego. Sam odwołujący przedstawia swój interes w prawnym odnosząc go do możliwości uzyskania zamówienia, a więc nie w ujęciu szerokim, jak podnosił w odwołaniu. Izba uznała, że odwołujący składając ofertę z najwyższą ceną nie mógł uzyskać zamówienia bez wyeliminowania wykonawców go poprzedzających w rankingu ofert, a jak wskazano powyżej w tym zakresie odwołujący postawił zarzuty niedopuszczalne. Izba nie podziela także stanowiska Przystępującego Konsorcjum Ekoinbud, że w tym zakresie ma zastosowanie §1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, gdyż przepis ten może być przywoływany jedynie w postępowaniu, w których państwo członkowskie ma obowiązek wdrożyć dyrektywę, a więc w postępowaniach, w których wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne. W postępowaniach poniżej progów unijnych wykładnia interesu prawnego powinna następować w oparciu o przepisy prawa krajowego i przepisy unijne mające charakter bezwzględnie obowiązujących tj. przepisy traktatów czy rozporządzeń unijnych.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 1979 ust. 1 ustawy stwierdziła, że nie została spełniona przesłanka materialnoprawna wniesienia odwołania i na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie. .

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, iż wniosek zamawiającego o przyznanie kosztów nie może zostać uwzględniony z uwagi na to, że zamawiający nie przedstawił rachunków stanowiących dowód poniesienia kosztów, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....