

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 lipca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Członkowie :** Ryszard Tetzlaff  
Justyna Tomkowska  
**Protokolant:** Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **6 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Międzynarodowe Centrum Budownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 128 paw. 51** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie, ul. Kanoniczna 25.** protestu z dnia 18 czerwca 2010r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ciepielowie, ul. Czachowskiego 29** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,  
i przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **XXX**

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **Międzynarodowe Centrum**

**Budownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 128 paw. 51,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1000 zł 00gr** (słownie : jeden tysiąc złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony przez **Międzynarodowe Centrum Budownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 128 paw. 51** na rzecz **Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie, ul. Kanoniczna 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP przez~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Międzynarodowego Centrum Budownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 128 paw. 51**

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

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę mebli biurowych, regałów bibliotecznych oraz drobnego wyposażenia i sprzętu przeznaczonego do Biblioteki Akademii Teologicznej w Krakowie zostało wszczęte przez zamawiającego Papieską Akademię Teologiczną w Krakowie, ul. Kanoniczna 25, (od 19 czerwca 2009r. Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie) ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2009r. nr 2009/S 248-356165.

W dniu 17 czerwca 2010r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w wyniku powtórzenia po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, czynności oprotestowanych przez wykonawcę Malow sp. z o.o. z Suwałk i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego, odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż zawierała ona błędy w obliczeniu ceny z związku z zastosowaniem błędnej stawki VAT, dla elementów wyposażenia w poz. 85 i 86 załącznika nr 3 pn. „zestawienie kosztów zadania” tj. uchwyty w WC dla niepełnosprawnych – w ofercie jest 22%, a winno być 7% zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 106 ustawy o podatku od towarów i

usług z dnia 11 marca 2004r. i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy „ROL-MOT” sp. z o.o. z siedzibą w Ciepielowie, ul. Czachowskiego 29 wskazując, że oferta ta spełnia wszystkie wymogi formalne i otrzymała najwyższą liczbę punktów. Zamawiający w informacji o wynikach zawarł wykaz wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert.

W dniu 18 czerwca 2010r. odwołujący wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 363 § 1, art. 365 § 1 i art. 366 kpc, a także art. 7 i 9 ustawy i art. 78 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy a także art. 91 ustawy poprzez przedłużenie postępowania, rozpoznanie protestu Malow Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, ul. Wojska Polskiego 114A , mimo, że protest ten był spóźniony i pochodził od osoby nieuprawnionej a nadto został rozstrzygnięty przez podmiot nieuprawniony tj. Papieską Akademię Teologiczną, niewykonanie wyroku Izby z dnia 13 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP/482/10 i KIO/UZP/497/10, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem prawa. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności dokonanych przez podmiot nieuprawniony tj. rozstrzygnięcie merytoryczne protestów przez Papieską Akademię Teologiczną zamiast Uniwersytetu Jana Pawła II w Krakowie, w tym unieważnienia czynności zamawiającego polegających na ponownym rozpoznaniu merytorycznym protestów niedopuszczalnych na podstawie art. 181 ust.6 w konsekwencji dopuszczenie do nieuzasadnionego przedłużenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego, oraz o ponowne dokonanie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 13.04.2010 roku sygnatura akt: KIO/UZP 482/10 lub utrzymanie w mocy czynności dokonanej w dniu 6 maja 2010 roku. Wskazał, iż ma interes prawny, gdyż jego oferta jest kompletna i w pełni odpowiada wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z uwagi na cenę, na podstawie kryteriów oceny ofert (po odrzuceniu oferty przedsiębiorstwa KEM-1) winna być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący podniósł, że Informacja o odrzuceniu Malow Sp. z o. o. została przesłana przez zamawiającego wszystkim uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie z dnia 24 lutego 2010 roku, a nie w dniu 6 maja 2010 roku, jak mylnie odczytał to Malow. Malow nie wniósł protestu na swoje odrzucenie z dnia 24 lutego 2010r. w ustawowym terminie wynoszącym 10 dni od dnia (termin ten upłynął w dniu 8 marca 2010 roku), a zatem oferta Malow została prawomocnie odrzucona, a on sam utracił status wykonawcy, tym samym utracił on interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący stwierdził, że w tym przypadku protest Malow zamawiający na mocy art. 180 ust. 7 ustawy zobowiązany był odrzucić jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy. Odwołujący wskazał na rozumienie pojęcia interes prawny utrwalone w orzecznictwie tj. wyrokach Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21.03.2006 r. , V Ca 2402/06 i z dnia 23.04.2004 r. V Ca 602/04 niepubl. z dnia 16.08.2004 r. ,

V Ca 1567/04 i z dnia 21.02.2005 r. V Ca 3072/04 oraz wyrokach Zespołów Arbitrów: z dnia 28.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-536/06; z dnia 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-537/05; z dnia 12.04.2005 r., UZP/ZO/ 636/05; z dnia 13.04. 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-657/05; z dnia 14.02.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-362/06. Wskazał, że w ten sam sposób zamawiający powinien był potraktować protesty złożone przez ROL-MOT i BUD-MAX. Ponadto podniósł, że w przedmiotowej sprawie tj. dotyczącej właściwej stawki VAT, jaką winni zastosować wykonawcy w niniejszy postępowaniu zapadł prawomocny wyrok Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2010 roku sygnatura akt: KIO/UZP 482/10 KIO/UZP492/10. W wyroku Izba rozstrzygnęła, iż stawka VAT zastosowana przez odwołującego, na uchwyty do toalet dla niepełnosprawnych wynosząca 22% jest prawidłowa i nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.6 Pzp. Powołał się na treść uzasadnienia wyroku „Po rozważeniu wszystkich argumentów zaprezentowanych przez Strony, Izba przyznała rację Odwołującemu, i uznała, że dla spornego elementu wraz z jego montażem mógł on zastosować stawkę VAT 22%. Preferencyjna, 7% stawka VAT jest wyjątkiem od ogólnej reguły statuującej 22% podatek VAT, dlatego nie można czynić zarzutu wykonawcy, że zastosował podstawową stawkę VAT. Argumentacja Odwołującego, że zastosował stawkę VAT w stawce podstawowej, ponieważ przyjął stawkę VAT całościowo dla usługi związanej z nabyciem towaru, takie jak dostawa tegoż towaru, jego montaż, zabezpieczenie i ubezpieczenie na czas transportu jest przekonująca i uprawniona na gruncie obowiązujących przepisów. Reasumując, należało uznać, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.6 Prawa zamówień publicznych." Odwołujący powołał się na art. 365 § 1 kpc i wynikającą z tego przepisu moc wiążącą wyroków oraz wskazał, że zgodnie z art. 194 ust. 1 Pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu, którą wnosi się za pośrednictwem Prezesa UZP, w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi (art. 195 ust. 2 Pzp). Sądem właściwym do rozpoznania skargi jest sąd okręgowy właściwy według miejsca siedziby zamawiającego. O przytoczonych powyżej warunkach dopuszczalności i terminach wnoszenia środka zaskarżenia zamawiający został pouczone w wyroku Izby. W związku z faktem, iż zamawiający w ustawowym terminie nie zaskarżył wyroku Izby, domniemywa się, iż zgodził się z rozstrzygnięciem i obowiązany jest wyrok Izby wykonać. Odwołujący odniósł się do załączonej Interpretacji Indywidualnej Ministra Finansów z dnia 29 kwietnia 2010 roku należy podkreślić, iż po pierwsze, o ile Zamawiający nie zgodził się z wyrokiem Izby winien był skorzystać z przysługujących mu środków prawnych i załączoną Interpretację przedstawić, a po drugie Interpretacja Indywidualna wiąże jedynie podmiot występujący o interpretację stosownie do przedstawionego stanu faktycznego i prawnego obowiązującego w dacie zdarzenia w przedstawionym stanie faktycznym, a nie inne podmioty i w innym czasie. Tym samym przedstawiona Interpretacja nie wiąże odwołującego. Ponadto

interpretacja dotyczy stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskującego o jej uzyskanie we wniosku. Z przedstawionej Interpretacji wynika, iż zamawiający podał inny stan faktyczny, tj. taki który nie został wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie zamawiający przedstawiając stan faktyczny wskazał, iż „przetarg przewidywał dostawę i przymocowanie trzema śrubami uchwytów do ściany w WC” co nie odpowiada charakterystyce przedmiotu zamówienia, która była podstawą przygotowania oferty przetargowej. W specyfikacji nie było mowy o mocowaniu uchwytów do ściany trzema śrubami. Natomiast w specyfikacji zamawiający zawarł następujące wymagania: wykonawca dostarczy i zamontuje w miejscu wskazanym przez zamawiającego przedmiot umowy; koszty przewozu, zabezpieczenia towaru i ubezpieczenia za czas przewozu ponosi wykonawca; przedmiotem przetargu jest towar, jego dostawa wniesienie i montaż, które to w całości zostały pominięte we wniosku o interpretację indywidualną. Organ wydający interpretację nie prowadzi postępowania dowodowego i jest związany podanym przez wnioskodawcę opisem sytuacji faktycznej. Tym samym załączona Interpretacja nie rozstrzyga dopuszczalności zastosowania 7% podatku VAT w świetle dokumentów przetargowych i przepisów stawy Pzp, a tym bardziej nie stanowi samoistnego narzędzia uchylania prawomocnych wyroków. Protest został podpisany przez prokurenta upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie za sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS, którego odpis załączono do odwołania.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2010r. zawiadomił wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 24 czerwca 2010r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ciepiewie, ul. Czachowskiego 29 wnosząc o odrzucenie protestu z uwagi na uchybienie terminowi na jego wniesienie oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na obronie swojej pozycji jako wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę. W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący podniósł, że odwołujący nie powinien być wnosić protestu na czynność zamawiającego z dnia 27 maja 2010r. polegająca na rozstrzygnięciu protestów Malow sp. z o.o., Budmax sp. z o.o. oraz ROL-MOT sp. z o.o., ale wnieść odwołanie na podstawie art. 184 ust. 2 ustawy do dnia 7 czerwca 2010r. Wskazał, że odwołujący na etapie postępowania protestacyjnego był uczestnikiem postępowania jako przystępujący. Ponadto podkreślił, że w całości podziela stanowisko zamawiającego i jego argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestów z dnia 27 maja 2010r. Wskazał na postanowienia Izby uzasadniającego jego stanowisko sygn. akt KIO/UZP 57/09, KIO/UZP 1367/09 i KIO/UZP 1392/09. Przystąpienie do protestu zostało podpisane przez prezesa zarządu przystępującego uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem

z KRS załączonym do oferty. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu. Kopia przystąpienia nie została przekazana odwołującemu.

Zamawiający protest odrzucił w dniu 30 czerwca 2010r.

W uzasadnieniu wskazał, że protest został wniesiony z uchybieniem terminów na wniesienie środków ochrony prawnej. Odwołujący będąc uczestnikiem postępowania toczącego się na skutek protestu wniesionego przez firmę Malow sp. z o.o. powinien był wnieść odwołanie do dnia 7 czerwca 2010r., jeśli nie zgadzał się z uwzględnieniem protestu przez zamawiającego. Odwołujący tego nie uczynił i dlatego podnoszenie zarzutów na obecnym etapie postępowania zamawiający uznał za spóźnione.

W dniu 1 lipca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście oraz wnosząc o unieważnienie czynności dokonanych przez podmiot nieuprawniony tj. rozstrzygnięcie merytoryczne protestów przez Papieską Akademię Teologiczną zamiast Uniwersytetu Jana Pawła II w Krakowie, w tym unieważnienia czynności zamawiającego polegających na ponownym rozpoznaniu merytorycznym protestów niedopuszczalnych na podstawie art. 181 ust.6 w konsekwencji dopuszczenie do nieuzasadnionego przedłużenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego, oraz o ponowne dokonanie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 13.04.2010 roku sygnatura akt: KIO/UZP 482/10 lub utrzymanie w mocy czynności dokonanej w dniu 6 maja 2010 roku. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w tym samym dniu.

W dniu 2 lipca 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 5 lipca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wnosząc o odrzucenie odwołania z uwagi na uchybienie terminowi na jego wniesienie oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu polegający na obronie swojej pozycji jako wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę. W uzasadnieniu przystąpienia przystępujący podniósł, że odwołujący nie powinien był wnieść protestu na czynność zamawiającego z dnia 27 maja 2010r. polegającą na rozstrzygnięciu protestów Malow sp. z o.o., Budmax sp. z o.o. oraz ROL-MOT sp. z o.o., ale wnieść odwołanie na podstawie art. 184 ust. 2 ustawy do dnia 7 czerwca 2010r. Wskazał, że odwołujący na etapie postępowania protestacyjnego był uczestnikiem postępowania jako przystępujący. Ponadto podkreślił, że w całości podziela stanowisko zamawiającego i jego argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestów z dnia 27 maja 2010r. Wskazał na postanowienia Izby uzasadniającego jego stanowisko sygn. akt KIO/UZP 57/09, Kio/UZP 1367/09 i KIO/UZP 1392/09. Ponadto podkreślił, że w całości podziela stanowisko zamawiającego i jego argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestów z dnia 27 maja

2010r. oraz z informacji o wyniku postępowania z dnia 17 czerwca 2010r. Przystąpienie do odwołania zostało podpisane tak jak przystąpienie do protestu. Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 5 lipca 2010r.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Uniwersytet Papieski Jana Pawła II został przekształcony z Papieskiej Akademii Teologicznej Dekret Kongregacji Ds. Edukacji Katolickiej z 19 czerwca 2009 r.

W dniu 24 lutego 2010 roku, Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez KEM-1 Sp. z o.o. Zamawiający jednocześnie wykluczył Biuro Techniczno –Handlowe Rafał Rytwiński z siedzibą w Poznaniu, ul. Kosmonautów 1/17, na mocy- art. 24 ust. 2 pkt 4 uPzp, gdyż wykonawca ten nie wniósł wadium. Odrzucił ofertę Konsorcjum: Martela Sp. z o.o. – Lider konsorcjum, ul. Redutowa 25, 01-106 Warszawa oraz Wako-Forster Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Legionów 57 jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy podając, że wykonawca zastosował błędną stawkę VAT, dla elementów wyposażenia w poz. 85 i 86 załącznika nr 3 pn. „Zestawienie kosztów zadania”, tj. uchwytów w WC dla niepełnosprawnych – w ofercie jest 22%, a winno być 7%, zgodnie z Załącznikiem nr 3, poz. 106 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. z późn. zm. oraz w uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści siwz tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż wykonawca nie wycenił wszystkich elementów przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tj. nie ujął i nie wycenił w ofercie poz. 40 - „stół wzmocniony 1400x1800x1200h” 1 szt. Odrzucił ofertę STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach, ul. Kołłątaja 100, Międzynarodowe Centrum Budownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 128 paw. 51, K-LAMIN z siedzibą w Krakowie, ul. Klimeckiego 24 oraz ofertę MALOW Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, ul. Wojska Polskiego 114A, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy podając, że wykonawca zastosował błędną stawkę VAT, dla elementów wyposażenia w poz. 85 i 86 załącznika nr 3 pn. „Zestawienie kosztów zadania”, tj. uchwytów w WC dla niepełnosprawnych – w ofercie jest 22%, a winno być 7%, zgodnie z Załącznikiem nr 3, poz. 106 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. z późn. zm. Odrzucił także ofertę MIRAND Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Adama 1, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy podając, że wykonawca zastosował błędną stawkę VAT, dla elementów wyposażenia w poz. 85 i 86 załącznika nr 3 pn. „Zestawienie kosztów zadania”, tj. uchwytów w WC dla niepełnosprawnych – w ofercie jest 22%, a winno być 7%, zgodnie z Załącznikiem nr 3, poz.

106 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. z późn. zm. oraz na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, bo w przesłanym oświadczeniu z dnia 11.02.2010r. wykonawca poinformował, iż w swojej ofercie zamiast oryginalnych elementów wyposażenia w poz. 85 i 86 załącznika nr 3 pn. „Zestawienie kosztów zadania”, tj. uchwytów w WC dla niepełnosprawnych firmy INNOW oferuje uchwyty z Hiszpanii. Zgodnie z Działem II pkt 4 SIWZ Wykonawca, w przypadku oferowania elementu równoważnego, zobowiązany był ujawnić ten fakt w ofercie oraz wskazać parametry oferowanego elementu równoważnego w celu potwierdzenia, iż spełnia on wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ - Wykonawca tego nie uczynił. Do informacji załączono wykaz Wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert.

W dniu 2 marca 2010 r. odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 15 marca 2010 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 24 marca 2010 r. odwołał. W proteście, a następnie w odwołaniu, odwołujący kwestionował decyzję Zamawiającego o odrzuceniu własnej oferty (Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na zastosowanie niewłaściwej stawki VAT) oraz wskazywał, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów prawa, bowiem oferta KEM-1 powinna być odrzucona (z powodu jej niewłaściwego podpisania, parafowania, załączenia nieaktualnego odpisu z KRS i niekompletnych dokumentów oraz z powodu wniesienia wadium w sposób niezgodny z SIWZ). Ponadto oferty KEM i ROL-MOT powinny być odrzucone w powodu wskazania złej stawki VAT.

W dniu 5 marca 2010 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ROL - MOT” Sp. z o.o. złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 15 marca 2010 r. poprzez jego oddalenie. ROL-MOT w dniu 25 marca 2010 r. wniósł odwołanie.

ROL-MOT zarzucił Zamawiającemu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa, ponieważ wybrał ofertę, która powinna była zostać odrzucona z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ – krzesła zaoferowane przez KEM-1 nie posiadają składanych podłokietników, nie mają plastikowych nakładek, tkanina obiciowa nie jest wymaganego typu lecz tańsza i o niższej odporności, a wieszaki nie posiadają funkcjonalności takich, które posiada model wieszaka opisany przez Zamawiającego w SIWZ.

Do obu postępowań odwoławczych przystąpił KEM-1 Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego.

W wyniku łącznego rozpoznania powyższych odwołań w dniu 13 kwietnia 2010r. Izba w sprawie sygn. akt KIO/UZP 482/10 i KIO/UZP 497/10 wydała wyrok, w którym nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w uzasadnieniu Izba przyznała rację Odwołującemu, i uznała, że dla spornego elementu wraz z jego montażem

mógł on zastosować stawkę VAT 22% wskazując, że preferencyjna, 7% stawka VAT jest wyjątkiem od ogólnej reguły statuującej 22% podatek VAT, dlatego nie można czynić zarzutu wykonawcy, że zastosował podstawową stawkę VAT. Argumentacja Odwołującego, że zastosował stawkę VAT w stawce podstawowej, ponieważ przyjął stawkę VAT całościowo dla usługi związanej z nabyciem towaru, takie jak dostawa tegoż towaru, jego montaż, zabezpieczenie i ubezpieczenie na czas transportu jest przekonująca i uprawniona na gruncie obowiązujących przepisów. W ocenie składu orzekającego, przyznanie w tej kwestii racji Odwołującemu w sytuacji niniejszego postępowania, nie może automatycznie skutkować jednak uznaniem, że wykonawcy, którzy złożyli ofertę, w której wskazano stawkę VAT na uchwyty do toalet dla niepełnosprawnych (znajdujące się na liście wyrobów medycznych z 7% stawką VAT), skalkulowali cenę oferty w nieprawidłowy sposób. Reasumując, należało uznać, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Izba stwierdziła nadto, że krzesło KEM-1 nie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Izba uznała, że parametry w SIWZ co do oczekiwanych towarów były parametrami granicznymi, minimalnymi, a ich niespełnienie musi skutkować odrzuceniem oferty. W przypadku dostawy o charakterze wieloelementowym, wydaje się, że co do zasady, każdy z elementów winien być osobno badany pod kątem zgodności z SIWZ, bowiem treścią świadczenia jest dostawa wielu elementów o określonych parametrach – a efektem zamówienia nie jest wyposażenie w sprzęty, ale wyposażenie w ściśle skonkretyzowane sprzęty. W przeciwnym wypadku można byłoby w ofercie zaoferować jakiegokolwiek krzesła, i musiałyby być one zaakceptowane przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba w badanej sprawie ustaliła, że oferta Przystępującego KEM-1 powinna zostać odrzucona, ponieważ jest niezgodna z treścią SIWZ.

Powyższy wyrok Izby nie został zakwestionowany przez żadną ze stron i nie wniesiono skargi i jest ostateczny.

W dniu 6 maja 2010r. zamawiający wykonał wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 482/10 i KIO/UZP 497/10 i wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą, na drugim miejscu znalazła się oferta firmy ROL-MOT z ilością 93,24 pkt, a na trzecim firmy BudMax z punktacją 75,20. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty firmy KEM-1 sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Kasprzaka 33, wskazując że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, zgodnie z wyrokiem Izby. Nadto zamawiający poinformował o wykluczeniu firmy MIRAND sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Adama 1, STARPOL BIUROSERWIS Sp. z o.o., Konsorcjum: Martela Sp. z o.o. – Lider konsorcjum, oraz Wako-Forster Sp. z o.o, K-LAMIN, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jednocześnie zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy PZP Zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu

podtrzymuje swoją pierwotną decyzję (wynik), o odrzuceniach ofert i wykluczeniu Wykonawcy, o której poinformował Wykonawców w swoich pismach z dnia 24.02.2010 r. tj.: Biuro Techniczno –Handlowe Rafał Rytwiński, MALOW Sp. z o.o. oraz załączył do informacji Wykaz Wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert. Od tej czynności protesty wnieśli :

- w dniu 12 maja 2010r. MALOW sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, ul. Wojska Polskiego 114A zaskarżając zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców – odwołującego, ROL-MOT sp. z o.o. oraz BUD-MAX sp. z o.o. oraz wybór oferty najkorzystniejszej tj. oferty odwołującego wskazując, że w kilku pozycjach oferty oferowane przez tych wykonawców produkty są niezgodne z siwz, a nadto uwzględnienie jednej stawki podatku VAT w pozycjach 85 i 86 odpowiednio 22 % lub 7 % powinno skutkować odrzuceniem ofert ze stawką inną od przyjętej.

- w dniu 13 maja 2010r. BudMax sp., zo.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. A. Garysiak 4 zaskarżając zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego oraz oferty ROL-MOT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy i wskazując, że produkty oferowane przez tych wykonawców nie odpowiadają treści siwz.

- w dniu 13 maja 2010r. ROL-MOT sp. z o.o. z siedzibą w Ciepielowie, ul. Czachowskiego 29, zaskarżając zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i wskazując, że produkty oferowane przez tych wykonawców nie odpowiadają treści siwz.

Do postępowania toczącego się na skutek tych protestów przystąpił odwołujący odpowiednio :

- w dniu 13 maja 2010r. w stosunku do protestu wniesionego przez MALOW sp. z o.o. wnosząc o jego oddalenie z uwagi na brak interesu prawnego MALOW w uzyskaniu zamówienia, a także wniesienie protestu przez podmiot nieuprawniony i po terminie oraz wskazując na potrzebę ochrony własnego interesu jako wykonawcy wybranego,

- w dniu 17 maja 2010r. w stosunku do protestu wniesionego przez BudMax sp. z o.o. wnosząc o jego oddalenie z uwagi na wniesienie protestu z uchybieniem terminów na składanie środków ochrony prawnej, gdyż wiadomość o zawartości oferty odwołującego protestujący uzyskał w dniu 1 lutego 2010r. oraz wskazał na potrzebę ochrony swojego interesu prawnego jako wykonawcy wybranego,

- w dniu 17 maja 2010r. w stosunku do protestu wniesionego przez ROL-MOT sp. z o.o. wnosząc o jego oddalenie z uwagi na wniesienie protestu z uchybieniem terminów na składanie środków ochrony prawnej, gdyż wiadomość o zawartości oferty odwołującego protestujący uzyskał w dniu 1 lutego 2010r. oraz wskazał na potrzebę ochrony swojego interesu prawnego jako wykonawcy wybranego.

Ponadto do powyższych protestów wniesione zostały następujące przystąpienia :

- w dniu 16 maja 2010r. BudMax sp. z o.o. przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Malow sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko jego ofercie, a w pozostałym zakresie o uwzględnienie protestu oraz wskazując na swój interes prawny jako możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą,

- w dniu 17 maja 2010r. ROL-MOT przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem Malow sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko jego ofercie, a w pozostałym zakresie o uwzględnienie protestu oraz wskazując na swój interes prawny jako możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą,

- w dniu 17 maja 2010r. ROL-MOT przystąpił do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem BudMax sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów skierowanych przeciwko jego ofercie, a w pozostałym zakresie o uwzględnienie protestu oraz wskazując na swój interes prawny jako możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Termin na wniesienie ostatniego z protestów na wynik postępowania upłynął w dniu 17 maja 2010r. (ostatni dzień terminu upływał 16 maja 2010r. – niedziela)

W dniu 27 maja 2010r. zamawiający uwzględnił protest Malow sp. z o.o. w części tj. Uznał zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w związku z błędnie podaną stawką podatku VAT. W pozostałym zakresie zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że Izba zastrzegła, że nie jest organem kompetentnym do rozstrzygnięcia o wysokości stawki podatku VAT, a zamawiający uzyskał po wydaniu wyroku Izby interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, z której wynika, że uchwyty w pozycjach 85 i 86 kosztorysu są wyrobami medycznymi i prawidłowo powinna być zastosowana stawka 7%, a nie jak zastosował odwołujący 22%.

Również w dniu 27 maja 2010r. zamawiający rozstrzygnął protesty ROL-MOT sp. z o.o. i BudMax sp. z o.o. oddalając je w całości.

W dniu 1 czerwca 2010r. odwołujący wobec braku rozstrzygnięcia protestów w terminach ustawowych, wezwał zamawiającego do zawarcia umowy po upływie ostatniego dnia do wniesienia odwołań do Izby

W dniu 27 maja 2010r. zamawiający rozstrzygnął protesty i zobowiązał się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na błąd w obliczeniu ceny tj. zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT na uchwyty w kabinie WC dla niepełnosprawnych.

Z tym nie zgodził się odwołujący i w dniu 1 czerwca 2010r. wniósł protest. Protest został podpisany przez prokurenta upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie za sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS, którego odpis załączono do odwołania.

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2010r. wskazał, że nie ustosunkuje się do pisma odwołującego zatytułowanego jako protest z dnia 1 czerwca 2010r., gdyż w dniu 27 maja 2010r. zamawiający nie wykonał żadnej czynności, a ni nie zaniechał wykonania czynności, a jedynie rozstrzygnął protesty Malow sp. z o.o., ROL-MOT sp. z o.o. i BudMax sp. zo.o., a od tej czynności nie przysługuje protest, ale w trybie art. 184 ust. 1 i 2 odwołanie. Podniósł, że odwołujący w terminie nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania.

W dniu 7 czerwca 2010r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniósł ROL-MOT sp. z o.o. Odwołanie to następnie cofnął i w dniu 18 czerwca 2010r. Izba umorzyła postępowania w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1149/10.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 14 czerwca przystąpił odwołujący wnosząc o odrzucenie ewentualnie oddalenie odwołania i wskazując na swój interes prawny

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba podzieliła zarzut zamawiającego i przystępującego ROL-MOT, że odwołanie w przedmiotowej sprawie jest spóźnione, gdyż odwołujący w postępowaniu toczącym się na skutek protestu MALOW sp. z o.o. wobec negatywnego dla niego rozstrzygnięcia protestu powinien był wnieść odwołanie.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Izba jest zobowiązana odrzucić odwołanie wniesione przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy, jeśli dotyczy ono czynności dokonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W przedmiotowej sprawie zaistniała właśnie sytuacja wypełniająca dyspozycję wskazanego przepisu. Odwołujący został wezwany w trybie art. 181 ust. 3 ustawy do przystąpienia do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez wykonawcę Malow sp. z o.o. Odwołujący skorzystał z tego wezwania i na etapie postępowania protestacyjnego przystąpił w dniu 13 maja 2010r. wnosząc o odrzucenie protestu wykonawcy Malow jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony i z uchybieniem terminów na wniesienie środków ochrony prawnej. Przystąpienie to było skuteczne, nastąpiło w terminie, wskazywało na interes prawny odwołującego w przystąpieniu i było prawidłowo podpisane. Jednakże na dalszym etapie postępowania odwołujący nie podjął czynności zmierzających do ochrony jego pozycji w postępowaniu. W dniu 27 maja 2010r. zamawiający rozstrzygnął protest wykonawcy Malow wbrew wnioskowi odwołującego nie odrzucając go, a częściowo uwzględniając i zobowiązując się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz do odrzucenia oferty odwołującego z powodu błędów w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

ze względu na błędnie podaną stawkę podatku VAT w poz. 85 i 86 kosztorysu. Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom odwołującego, Malow podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty odwołującego, a nadto w uzasadnieniu protestu wskazał, że zamawiający zobowiązany był ustalić jednolicie, jaką stawkę podatku VAT uznaje za prawidłową i nie dopuszczać do oceny ofert z różnymi stawkami podatku, gdyż oferty takie są nieporównywalne. Tym samym zamawiający miał prawo rozstrzygnąć protest w zakresie zarzutu dotyczącego stawki podatku VAT, jeśli analizować ten protest pod względem podniesionej argumentacji i zarzutów (oczywiście Izba nie przesądza o zasadności protestu i jego dopuszczalności, gdyż brak odwołania w tej sprawie uniemożliwia zajęcie merytorycznego stanowiska). Odwołujący mimo, iż był uczestnikiem postępowania wywołanego protestem MALOW, tzw. wykonawcą wezwanym w rozumieniu art. 181 ust. 3 ustawy, nie wniósł odwołania, w którym zakwestionowałby prawidłowość rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, a tym samym pozbawił Izbę możliwości rozważenia zasadności jego argumentów podniesionych w uzasadnieniu przystąpienia do protestu, a także możliwości weryfikacji czynności dokonanych przez zamawiającego. Odwołujący natomiast wniósł dwa protesty :

1. pierwszy z dnia 1 czerwca 2010r. na zamiar zamawiającego powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz na zamiar odrzucenia oferty, który Izba uznała za niedopuszczalny i odrzuciła wniesione w jego konsekwencji odwołanie postanowieniem z dnia 6 lipca 2010r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1283/10,
2. drugi z dnia 18 czerwca 2010r. na czynność dokonaną przez zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Malow sp. z o.o. tj. na czynność ponownego badania i oceny ofert oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego z dnia 17 czerwca 2010r. Izba właśnie takiego odwołania wniesionego w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym na skutek ostatecznego rozstrzygnięcia nie była uprawniona rozpatrzyć z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy i zawarty w nim obowiązek bezwzględnego odrzucenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że nie ma możliwości merytorycznego odniesienia się do argumentacji odwołującego, gdyż odwołanie podlega odrzuceniu, o czym orzeczono jak w sentencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz.U.07.128.886 zm. Dz.U.2008.182.1122), przy czym za uzasadnione uznano koszty zastępstwa zamawiającego przez pełnomocnika w wysokości 1000zł. brutto.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....