

Sygn. akt KIO/UZP 236/09,

KIO/UZP 254/09,

KIO/UZP 255/09

WYROK
z dnia 17 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Ewa Jankowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5 marca 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa,

B. SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,

C. Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** protestów:

A. Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa z dnia 11 lutego 2009 r.,

B. SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa z dnia 9 lutego 2009 r.,

C. Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa z dnia 12 lutego 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Elektromeks Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., EKBUD Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 236/09, KIO/UZP 254/09, KIO/UZP 255/09 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1A. oddala odwołanie Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa;**
- 1B. uwzględnia odwołanie SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;**
- 1C. oddala odwołanie Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**

2. Kosztami postępowania obciąża **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** oraz **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**
 - C** koszty w wysokości **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 124 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty **1 524 zł 67 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **55 426 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **18 475 zł 34 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) na rzecz **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa,**
 - B** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
 - C** kwoty **18 475 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dobudowę bliku operacyjnego w SPSK-4 w Lublinie oraz dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru.

W dniu 2.02.2009 r. Zamawiający poinformował o wynikach o postępowania - uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., ELEKTROMEKS Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe WAMACO Sp. z o.o. oraz EKBUD Sp. z o.o. (KONSORCJUM MOSTOSTAL) oraz o odrzuceniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Czynności te stały się przedmiotami odwołań poprzedzonych protestami wniesionych przez:
POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO/UZP/236/09);
SKANSKA. S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt. KIO/UZP/254/09);
BUDIMEX - DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt. KIO/UZP/255/09).

Odwołania te zostały skierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzenie z dnia 5.03.2009 r. skierowane do łącznego rozpoznania na podstawie art. 187 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223, poz.1655 ze zm.)

Odwołane wniesione przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. (sygn. akt KIO/UZP/236/09):

W proteście wniesionym w dniu 11.02.2009 r. (pismo z tej samej daty) POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie jego oferty i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: MOSTOSTAL ;
- art. 5, 7 i 8 oraz art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz poz. 106 załącznika nr 3 do w/w ustawy przez błędną ocenę stawki podatku VAT dla prac objętych zamówieniem publicznym skutkującą odrzuceniem oferty odwołującego się

zawierającej zgodną z w/w przepisami stawkę podatku VAT i wybraniem jako najkorzystniejszej oferty zawierającej sprzeczną z w/w przepisami stawkę podatku VAT;

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: MOSTOSTAL zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,

- art. 7 Pzp przez naruszenie przez zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- art. 3 i art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybranie, jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku, a także wszelkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z uzasadnienia protestu.

Pismem z dnia 19.02.2009 r.(doręczonym 20.02.2009 r.) Zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, że POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. błędnie zastosował stawkę 22% VAT przy obliczu wartości zamówienia na dostawę, montaż i uruchomienie elementów wyposażenia stanowiących samodzielne wyroby medyczne, podczas, gdy zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT oraz poz. 106 zał nr 3 do ustawy, stawka ta powinna wynosić 7%. Zamawiający podniósł również, że wyroby medyczne zostały umieszczone w części siwz związanej bezpośrednio z dostawą, montażem i uruchomieniem wyposażenia obiektu (Załącznik nr 10 do siwz), a nie w części związanej z dobudową bloku operacyjnego. Ponadto zamawiający stwierdził, że pojęcie "budowa budynku" nie obejmuje zaopatrywania budynku w wyposażenie, nie stanowiące jego elementów konstrukcyjnych ani urządzeń technologicznych, a jedynie umożliwiające jego prawidłowe funkcjonowanie. W ocenie zamawiającego wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą będzie dokonywał czynności podatkowych polegających na wykonywaniu robót budowlanych oraz jako odrębną czynność podatkową - dostawę, montaż i uruchomienie wybranego wyposażenia sal operacyjnych i sterylizacji, z których część stanowi wyrób medyczny, a w związku z powyższym korzysta z preferencyjnej 7% stawki podatku VAT. Zamawiający podniósł również, że POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. nie wziął pod uwagę treści udzielonych odpowiedzi na pytania o treść siwz, które m.in dopuściły odrębne rozliczanie dla dostaw wyrobów medycznych, które nie stanowią części składowych budowanego obiektu. Na kwalifikację podatkową nie ma wpływu fakt, iż odbiory te będą zgłaszane inspektorowi nadzoru, ani fakt niewielkiego udziału wartości dostaw wyposażenia (Załącznik nr 10 do siwz) w ogólnej wartości inwestycji.

Zamawiający stwierdził ponadto, że w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy niektóre z ofert, a m.in. i ta, uznana później za najkorzystniejszą, nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z udzielonych wyjaśnień nie wynika iż któraś z otrzymanych ofert zawiera rażąco niską cenę.

Nie zgadzając się rozstrzygnięciem zamawiającego POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. wniósł w dniu 2.03.2009 r (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się wskazał, że przedmiot postępowania stanowi wykonanie obiektu budowlanego stanowiącego budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, które winno być traktowane jako jedna gospodarcza całość stanowiąca robotę budowlaną w myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Prawo budowlane oraz kodeksu cywilnego. Wywiódł, że elementy wyposażenia centralnej sterylizacji i sal operacyjnych to urządzenia techniczne w rozumieniu ustawy prawo budowlane, a montaż i uruchomienie urządzeń technicznych w ramach wykonywania umowy o roboty budowlane należy traktować, jako robotę budowlaną. W konsekwencji montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i sal operacyjnych należy uznać za usługę w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż z art. 5 § 1 ustawy o VAT wynika, że czynności opodatkowane tym podatkiem są kwalifikowane jedynie jako dostawa albo usługa a gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesadzać czynność główna. Na potwierdzenie tych twierdzeń odwołujący się przywołał wyrok WSA. Objęcie zatem całości oferowanych robót budowlanych jednolitą 22% stawką VAT przewidzianą przez przepisy dla robót budowlanych jest prawidłowe. Pogląd powyższy odwołujący się wywiódł, również z wzoru umowy, w którym wszystkie roboty związane z dobudową bloku operacyjnego traktowane są jako jedna gospodarcza całość. Podniósł też iż, dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia stanowią zatem jedynie ok. 4 % wartości tego zamówienia, zatem winny być opodatkowane jednolitą stawką podatku VAT. Na poparcie prezentowanego poglądu odwołujący się przywoływał orzecznictwo sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich.

W ocenie odwołującego się zaoferowanie przez KONSORCJUM MOSTOSTAL ceny o 10.411 671,49 zł niższej od wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego, świadczy o zastosowaniu przez wybrane Konsorcjum rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Czyn ten stanowi również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez stosowanie cen dumpingowych – czyn nieuczciwej konkurencji wskazany

w art. 3 i art. 15 powodujący obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że naruszenia, których dopuścił się zamawiający powodują również uchybienie art. 7 Pzp i wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Polimex - Mostostal S.A., dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Polimex - Mostostal S.A., jako niepodlegającej odrzuceniu, dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum: MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. dokonanie czynności wyboru oferty Polimex - Mostostal S.A.,

Odwołanie wniesione przez SKANSKA S.A. (sygn. akt KIO/UZP/254/09):

W proteście wniesionym w dniu 9.02.2009 r. SKANSKA S.A. zarzuciła zamawiającemu bezprawne odrzucenie jej oferty z powodu błędnego obliczenia stawki podatku VAT, zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum MOSTOSTAL mimo, że nie posiada wymaganego doświadczenia, zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL mimo zaoferowania zbyt małej ilości drzwiczek aluminiowych oraz błędnego podania w pkt .28 i 29 zał. Nr 10 do siwz stawki VAT 7% zamiast 22% oraz bezprawny wybór oferty Konsorcjum MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. Czynności te naruszają art. 7 ust. 1 i 3 , art. 24 ust.1 pkt. 10, art.89 ust.1 pkt. 2 i pkt 6 oraz art.91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 19.02.2009 r. (przekazanego faksem 2 dniu 20.02.2009 r.) uwzględnił protest co do zarzutu braku jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt cech wymaganych przez zamawiającego, w wyniku czego unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i zapowiedział wezwanie do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający oddalił pozostałe zarzuty protestu, stwierdzając, że KONSORCJUM MOSTOSTAL spełnia warunki udziału w postępowaniu a braki w ilościach drzwiczek zostały poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający podtrzymał stanowisko o błędnym zastosowaniu stawki VAT 22% w poz.28 i 29 zał. Nr 10 do siwz. W tym zakresie wskazał że, z uwagi na zastosowanie stropów monolitycznych żelbetowych montaż kolumn anestezjologicznych nie wymaga specjalnego przygotowania stropów, prace te nie zostały zatem uwzględnione w dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Kolumny anestezjologiczne i zestawy sufitowe jednostek zasilających zostały umieszczone przez Zamawiającego w zał. Nr 10 do siwz w części związanej bezpośrednio z dostawą, montażem i uruchomieniem wyposażenia obiektu, nie zaś w części związanej z dobudową bloku operacyjnego. Nie stanowią również części

składowej w rozumieniu art. 47 § 2 k.c, będą przedmiotem dostawy i odrębnego odbioru i nie powinny być klasyfikowane jako robota budowlana, a skoro stanowią wyrób medyczny znajduje do nich zastosowanie stawka VAT 7%. Stawkę taką przyjął zamawiający przy wycenie kolumn (a gdzie zestawy) przedmiotu zamówienia oraz stosuje ją w dokonywanych samodzielnie zakupach kolumn.

Odrzucenie oferty SKANSKA S.A. było zatem prawidłowe a zarzuty protestu kierowany w tym zakresie pod adresem MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., który w spornych pozycjach przyjął wartość VAT 7 % zamawiający uznał za chybione.

Nie zgadzając się rozstrzygnięciem zamawiającego SKANSKA S.A. wniosła w dniu 27.02.2009 r. (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się podniósł, że zastosowanie przez niego stawki VAT 22% w poz. 28 i 29 nastąpiło w oparciu o stanowisko zawarte w Interpretacji Indywidualnej wydanej przez upoważniony organ - dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, że preferencyjną stawką VAT 7% mogą być objęte tylko takie elementy wyposażenia medycznego, które nie stanowią części składowej budowanego obiektu w rozumieniu art. 47 § 2 k.c., czyli takiej która nie może być od niej odłączona bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości, albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego, przy czym połączenie to nie musi mieć charakteru wyłącznie fizycznego, ale również, co potwierdza stanowisko doktryny i orzecznictwo Sądu Najwyższego, może mieć charakter funkcjonalny. Zamiarem zamawiającego była budowa w pełni funkcjonalnego bloku operacyjnego a zestawy sufitowe jednostek zasilających - mikrochirurgicznej i chirurgicznych oraz sufitowa kolumna anestezyjologiczna z monitorem stanowią rodzaj konstrukcji pozwalających na zamontowanie na nich niezbędnych dla wykonywania zabiegów operacyjnych urządzeń, monitorów, mediów, stanowią też część konstrukcji obiektu oraz instalacji gazów medycznych, tlenu, instalacji elektrycznej. Odwołujący się wskazał, że tylko zamocowanie kolumny w sposób trwały do stropu we właściwym miejscu umożliwi jej wykorzystanie zgodnie z przeznaczeniem.

Odwołujący się podniósł też, że zamawiający w toku badania i oceny ofert zmienił pogląd odnośnie kwalifikacji podatkowej elementów wskazanych w spornych pozycjach 28 i 29, co potwierdza treść pism datowanych na 26.01.2009r., które zamawiający wysłał do uczestników postępowania: ERBUD S.A., BUDIMEX DROMEX S.A., GRUPA 3J S.A., MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., INTERBUD LUBLIN S.A.

Odwołujący się wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego urządzenia wskazane w poz. 28 i poz. 29 nie mogą być przedmiotem odrębnych odbiorów a ponadto ich montaż wymaga specjalistycznych robót budowlanych celem połączenia urządzeń ze stropem. W ramach wyceny przywołanych pozycji uwzględnione są również roboty budowlane niezbędne do wykonania montażu tych elementów, gdyż w materiałach przetargowych (kosztorysach) brak jest innej pozycji, w której można było wycenić zakres robót budowlanych, niezbędnych do wykonania montażu elementów wymienionych w poz. 28 i 29. Dla zobrazowania zakresu niezbędnych robót budowlanych mających na celu przytwierdzenie urządzeń do konstrukcji budynku odwołujący się przywołał ich parametry fizyczne i wskazał, że urządzenia stanowią jedynie niewielką część zamówienia, a dokonany przez zamawiającego podział na poszczególne kosztorysy nie ma znaczenia, gdyż nie jest związany z podziałem zamówienia na części.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności: oddalenia protestu wniesionego przez odwołującego się, wyboru oferty Konsorcjum MOSTOSTAL, odrzucenia oferty Odwołującego się oraz o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie wniesione przez BUDIMEX DROMEX S.A. (sygn. akt KIO/UZP/255/09):

W proteście wniesionym w dniu 12.02.2009 r. BUDIMEX DROMEX S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne zastosowanie przepisu w stosunku do jego oferty a niezastosowanie w stosunku do oferty Konsorcjum MOSTOSTAL i w związku z powyższym dokonanie wyboru oferty nieważnej, w sposób naruszający równocześnie art.7 ust. 3 Pzp. Ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonywanie czynności w toku postępowania, w tym czynności odrzucenia i wyboru ofert w warunkach nierównego traktowania wykonawców.

Protestujący wskazał, że zastosowanie przez niego stawki VAT 7% w odniesieniu do instalacji i przyłącz gazów medycznych jest prawidłowe, gdyż stanowią one w myśl obowiązujących przepisów wyrób medyczny.

Pismem z dnia 19.02.2009 r.(doręczonym 20.02.2009 r.) Zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, że przedmiot zamówienia stanowi wykonywanie robót budowlanych w obiekcie służby zdrowia wg klasyfikacji PKOB oraz dostawa sprzętu medycznego wg klasyfikacji statystycznych PKWiU. Obiekt będący przedmiotem zamówienia podlega klasyfikacji wg PKOB w dziale 12, klasa 1264, czyli stosuje się tu podstawową stawkę podatku VAT 22%, w tym również i dla wykonania instalacji gazów medycznych oraz

przyłączy gazów medycznych. Instalacja ta będzie stałym, niedemontowanym oraz wbudowanym trwale elementem budynku. Zamawiane instalacje gazowe będą stanowiły części składowe budynku bloku operacyjnego w rozumieniu art, 47 § 2 k. c., nie stanowią natomiast dostawy wyposażenia, którym mogą być m.in, samodzielne wyroby medyczne, dla których stosuje się preferencyjną stawkę VAT w wysokości 7%. Stąd nieprawidłowym w ocenie zamawiającego jest kwalifikowanie robót ujętych w dwóch kosztorysach budowlanych, które dotyczą lub mają pośredni związek z gazami – jako uprawniających do zastosowania preferencyjnej 7% stawki VAT właściwej dla wyrobów medycznych, w tym również dla elementów robocizny uwzględnionych w tych częściach składowych inwestycji. W ocenie zamawiającego skoro instalacje gazów medycznych i ich przyłącza ujęte są w szczegółowych kosztorysach związanych z robotami budowlanymi, to zastosowanie znajduje stawka 22% podatku VAT. Zamawiający wskazał, że kilkakrotnie dokonywał analogicznych inwestycji bez stosowania 7% stawki podatku VAT, co nie zostało zakwestionowane w procesie kontroli przez delegaturę „Najwyższej Izby Skarbowej” oraz Urzędu Kontroli Skarbowej. Zamawiający uznał pogląd, że 7% preferencyjna stawka podatku VAT ma zastosowanie również dla prac ziemnych i zewnętrznych przyłączy gazów medycznych z powodu spójności tych prac, z instalacjami (niezbędności do wypełnienia swojej funkcjonalnej i użytkowej funkcji) za przejaw swobodnej interpretacji przepisów, gdyż ustawa o VAT, jej załącznik nr 3 i ustawa o wyrobach medycznych nie posługują się i nie warunkują bytu wyrobu medycznego od innych funkcji, czy otoczenia użytkowego.

Nie zgadzając się rozstrzygnięciem zamawiającego BUDIMEX DROMEX S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. W pierwszym rzędzie odwołujący się podniósł, że wskutek uwzględnienia zarzutów jednego z protestów w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą zamawiający doprowadził do sytuacji, że nie wobec wszystkich wykonawców wybór najkorzystniejszej oferty został uchylony. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się wskazał, że ustawa o wyrobach medycznych stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy o VAT, co skutkuje określeniem podatku wyłącznie na jej podstawie. Zatem. jeżeli dany wyrób spełnia ustawowe przesłanki uznania go za wyrób medyczny, to przy jego sprzedaży będzie miała zastosowanie preferencyjna stawka VAT w wysokości 7% bez konieczności spełnienia dodatkowych warunków. Odwołujący się wywiódł również, że jeśli sporna instalacja stanowi wyrób medyczny zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, to nie może być jednocześnie robotą budowlaną w rozumieniu ustawy o VAT a tym bardziej nie może być jedynie w części wyrobem medycznym, a w części zaś robotą budowlaną

zwłaszcza w zależności od stopnia trwałości związania poszczególnych elementów wyrobu medycznego z nieruchomością.

Odwołujący się wskazał, że zamawiający na etapie przygotowania postępowania, opisując przedmiot zamówienia, wymagał od wykonawców, aby instalacja gazów medycznych była wyrobem medycznym, w odniesieniu do jej wszystkich elementów składowych, z drugiej natomiast na etapie badania i oceny ofert, kwestionuje prawidłowość zastosowania preferencyjnej stawki VAT w stosunku do tej części z powodu, że rzekomo nie wszystkie elementy systemu wykazują taką cechę. Odwołujący się podniósł, że tylko kompletnemu systemowi sprężonych gazów medycznych i próżni (a nie jej elementom) można nadać znak CE oraz, że umiejscowienie danej pozycji w kosztorysie nie determinuje charakteru świadczenia. Podniósł też, że w zakończonych w ostatnich latach oraz toczących się obecnie postępowaniach, w zakresie których występują "instalacje gazów medycznych" (bez względu czy mowa jest o budowie, czy o dobudowie budynku) odpowiedzi udzielane przez zamawiających wskazują na opodatkowanie tegoż wyrobu medycznego preferencyjną stawką podatku VAT. Nadawanie znaku CE oraz jednoznaczne traktowanie systemu rurociągów do gazów medycznych jako wyrobu medycznego, a nie instalacji budowlanej jest normą prawną od chwili wstąpienia Polski do Unii Europejskiej i przyjęcia na siebie różnych zobowiązań, w tym Dyrektywy 93/42/EEC wraz z normami zharmonizowanymi. Zamawiający w treści oddalenia protestu nie zaprzeczył konieczności nadania CE oraz spełnienia warunków dla wyrobu medycznego, jednakże uzasadniając tezę o 22% stawce podatku VAT nie wskazał kiedy jego zdaniem instalacja gazów medycznych kończy swój byt jako wyrób medyczny, a rozpoczyna jako część składowa budynku. Odwołujący się podniósł również zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż w w stosunku do niego zamawiający nadinterpretował art.89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz ustawę o podatku od towarów i usług, w przypadku oferty SKANSA S.A. zastosował sankcję wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ze względu na nieprawidłowe sklasyfikowanie wyrobu medycznego w grupie podatkowej 22% stawką VAT, przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej mimo naliczenia 22% stawki VAT na wyrób medyczny. Odwołujący się wniósł o: zmianę decyzji o: odrzuceniu oferty odwołującego się oraz uznanie jej za ważną, dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uznanie oferty Konsorcjum Mostostal za spełniającą przesłanki odrzucenia, wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i jej odrzucenie, podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty przedsiębiorcy SKANSA S.A. z siedzibą w Warszawie, dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

KONSORCJUM MOSTOTAL przystąpiło po stronie zamawiającego do wszystkich postępowań odwoławczych będąc wcześniej uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wniosło o oddalenie odwołania

Po ustaleniu na posiedzeniu, że żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony oraz uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w siwz - rozdział I pkt 2 określił przedmiot zamówienia jako „Dobudowa bloku operacyjnego w SPSK-4 w Lublinie ul. Jaczewskiego 8 opisany dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru”. Załączniki do siwz stanowiły projekty budowlane wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiary odpowiednio dla branż: budowlanej, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz robót zewnętrznych – załączniki od 1 do 4 do siwz. Ponadto załączniki do siwz stanowiły m.in. – kosztorys ofertowy (załącznik nr 8), formularz cenowy oferty (załącznik nr 9) oraz Kosztorys ofertowy na dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia sal operacyjnych i intensywnego nadzoru (załącznik Nr 10).

Bezspornie poz. Nr 28 (zestaw dwóch sufitowych jednostek zasilających – mikrochirurgicznej i chirurgicznej) i Nr 29 (sufitowa kolumna anesteziologiczna z monitorem) w załączniku Nr 10 (zwane również dalej łącznie kolumnami sufitowymi lub kolumnami) oraz instalacja gazów medycznych stanowią wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych.

Odpowiadając na pytania wykonawców w piśmie z dnia 13.11.2009 r. zamawiający stwierdził (pytanie f), że wyposażenie centralnej sterylizatorni oraz wyposażenie sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru należy wykonać wg załącznika nr 10 i tylko tę cenę uwzględnić w cenie oferty.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (Rozdział I pkt 2.1 siwz) i ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert (Rozdział IV siwz).

W rozdziale V siwz „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 3 „Cena oferty” zamawiający stwierdził, że cenę oferty oblicza się sporządzając kosztorysy ofertowe na podstawie siwz, jej załączników oraz wizji lokalnej. Zamawiający podał dane wymagane przez siebie dla kosztorysów ofertowych dotyczących dobudowy bloku operacyjnego oraz dostawy, montażu

i uruchomienia wyposażenia. Zastrzegł też, że cena oferty w odniesieniu do wyposażenia winna uwzględniać m.in. podatek VAT.

Siwz nie zawiera innych postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny, w szczególności dotyczących ustalenia stawki podatku od towarów i usług.

Odpowiadając na pytania wykonawców w dniach 20.11.2008 r (pyt. 42) oraz 3.12.2008 r. (pyt. 4) zamawiający określił, że stawkę VAT ustala wykonawca na podstawie obowiązujących przepisów. Wskazał również, że nie korzysta z żadnego ze zwolnień w podatku VAT i wg jego rozeznania przy realizacji inwestycji wystąpią różne stawki VAT dla poszczególnych elementów zamówienia – ale prawidłowość ich wskazania leży po stronie wykonawcy – zgodnie ze stanowiskiem urzędu skarbowego właściwego dla siedziby wykonawcy.

We wzorze umowy zamawiający nie zawarł możliwości odrębnego odbioru wyposażenia przewidzianego w załączniku Nr 10. Odpowiadając na pytanie zadane przez SKANSKA S.A., który podniósł, że ustalenie takie jest niezbędne dla ustalenia prawidłowej stawki VAT dla wyposażenia ruchomego obiektu, pismem z dnia 15.12.2008 r. zamawiający stwierdził, że dopuszcza odrębne odbiory i fakturowanie elementów wyposażenia (urządzeń medycznych), które nie są połączone w sposób trwały z konstrukcją budynku.

Wykonawcy znajdujący się w sporze w związku z dokonaną przez zamawiającego czynnością badania i oceny ofert złożyli oferty w których odpowiednio:

1. SKANSKA S.A. zaoferowała cenę brutto 47.851.670, 94 zł, stosując stawkę VAT 22% do wszystkich robót budowlanych oraz do poz. 28 i 29 załącznika nr 10;
2. KONSORCJUM MOSTOSTAL zaoferowało cenę brutto 48.945.434, 46 zł przewidując dla wszystkich robót budowlanych stawkę 22% a dla pozycji Nr 28 i 29 wymienionych w załączniku Nr 10 stawkę 7% VAT;
3. BUDIMEX DROMEX S.A. zaoferował cenę 49.316.450, 06 zł, przy czym do wyposażenia ujętego w pozycji Nr 28 i 29 załącznika Nr 10 zastosowało stawkę VAT 7%, do robót budowlanych stawkę 22%, za wyjątkiem wykonania instalacji i przyłączeń gazów medycznych, dla których przyjął stawkę VAT 7%;
4. POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. podał cenę 59.465.789, 56 zł stosując jednolitą stawkę VAT do całego przedmiotu zamówienia.

W toku badania i oceny ofert zamawiający uzyskał wyjaśnienia, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do ofert złożonych przez wykonawców: SKANSKA S.A., KONSORCJUM MOSTOSTAL oraz BUDIMEX DROMEX. S.A. Zamawiający badał również prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT, żądając od wykonawców stosownych wyjaśnień. W wyniku wezwania

dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp SKANSKA S.A. złożyła interpretację indywidualną wydaną przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 26.11. 2008 r., znak IPPP1/443-1861/08-2/AW, w której dyrektor izby zaaprobował stanowisko, że jeśli wyposażenie technologiczne (w tym m. in. kolumna sufitowa z gazami medycznymi) stanowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k. c to właściwa jest w odniesieniu do niej stawka VAT 22% a przesądzające dla stwierdzenia możliwości dokonania odrębnej czynności polegającej na dostawie wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych jest uznawanie ich za część składową budynku. Opisany w przywołanej interpretacji stan faktyczny przewidywał ponadto możliwość dokonania odrębnego odbioru jedynie wyposażenia nie związanego trwale z budynkiem.

Interpretacje wydawane przez dyrektorów izb skarbowych na podstawie art. 14 ustawy Ordynacja podatkowa dotyczą konkretnej sprawy i w tym zakresie są wiążące, niemniej jednak Izba uznała, że poglądy wyrażone w przywołanej interpretacji dotyczą zbliżonego stanu faktycznego (co jest niesporne) i podobnych kwestii, jak sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Dlatego też biorąc powyższe pod uwagę, jak również uwzględniając okoliczność, iż nie zostały przedłożone interpretacje wydane przez dyrektora właściwej izby skarbowej na użytek postępowania, a żaden z wykonawców nie oświadczył, iż wystąpił o wydanie wiążącej interpretacji dla niniejszego postępowania, Izba uznała za zasadne przyjęcie jako dowodu w niniejszym postępowaniu przywoływanej przywoływanej dyrektora izby skarbowej w Warszawie.

Zaliczenie interpretacji udzielanych przez dyrektora izby skarbowej w poczet materiału dowodowego w razie stwierdzenia możliwości jej zastosowania na zasadzie analogii, potwierdzone zostało w we wcześniejszym orzecznictwie Izby m.in. wyrok z dnia 5.02.2009r., sygn. akt KIO/UZP/107/09.

Za istotną dla wydania rozstrzygnięcia Izba uznała również złożoną w toku postępowania przez KONSORCJUM MOSTOSTAL interpretację indywidualną wydaną przez dyrektora izby skarbowej w Warszawie pismem z dnia 19.12. 2007r. , znak IPPP1/443-628/07-2/Ab, w której dyrektor stwierdził, że usługa wykonania instalacji gazów medycznych (...) podlega opodatkowaniu wg 22% stawki podatku od towarów i usług.

Zamawiający występując w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do GRUPY 3 J, INTERBUD LUBLIN S.A., BUDIMEX DROMEX S.A. oraz KONSORCJUM MOSTOSTAL stwierdził, że kolumny sufitowe stanowią część składową budynku bloku operacyjnego i w tym zakresie wykonawcy nie będą dokonywać odrębnej czynności podatkowej, polegającej na dostawie wyposażenia a świadczyć będą jedynie usługi budowlane.

Izba nie uznała za dowód w sprawie złożonych przez przystępującego KONSORCJUM MOSTOSTAL materiałów związanych z zaoferowanymi przez niego oraz SKANSKA S.A. w poz. Nr 28 i Nr 29 w załączniku Nr 10 urządzeniami firmy TRUMPF KREUZER, gdyż nie odnoszą się one do istotnej dla rozstrzygnięcia okoliczności sposobu zespolenia kolumny sufitowej z bryłą budynku oraz z systemem instalacji gazów medycznych, a jedynie wskazują na szczegóły konstrukcyjne urządzeń, które nie są sporne w sprawie. Ponadto odwołujący się SKANSKA S.A. złożył schemat montażu urządzenia przy odwołaniu.

Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego się SKANSKA S.A., że do prawidłowego funkcjonowania kolumny sufitowej niezbędne jest doprowadzenie mediów i odpowiednie przygotowanie instalacji, zatem kolumna nie może być umieszczona w miejscu dowolnym oraz że, nie jest ona montowana do sufitu podwieszanego, ale bezpośrednio do konstrukcji budynku a także, że sala operacyjna pozbawiona kolumny anestezyjologicznej nie może prawidłowo spełniać swojej funkcji.

Fakty te zatem Izba uznała za przyznane, wobec czego za zbędne uznała powołanie dowodu z zeznań świadka lub opinii biegłego, o co wnioskował przystępujący KONSORCJUM MOSTOSTAL. Zeznania lub opinia dotyczyłaby niebudzących wątpliwości Izby wskazanych wyżej faktów przyznanych przez zamawiającego (art. 188 ust. 5 Pzp) a więc bezspornych między stronami. W związku z czym dowody uznane zostały również za powoływane jedynie dla zwłoki (art. 188 ust. 6 *in fine* Pzp).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu oświadczeń pełnomocników na rozprawie.

Izba nie uznała za dowód złożonych przez odwołującego się BUDIMEX DROMEX S.A. dokumentów z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż okoliczność, że inni zamawiający stosują stawkę VAT 7% w odniesieniu do instalacji gazów medycznych nie jest przedmiotem sporu.

Okoliczność, że niektórzy zamawiający udzielają wykonawcom wskazówek co do właściwej stawki podatku od towarów i usług stanowi dla Izby okoliczność notoryjną (notorium sądowe) – *vide*: np. wyrok z 25.02.2008r sygn. akt KIO/UZP/105/08 oraz wyrok z 1.08.2008r sygn. akt KIO/UZP/737/08.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dwóch interpretacji podatkowych złożonych na rozprawie przez przystępującego, zawierają one poglądy prawne ich autora i zostały przez Izbę potraktowane jako twierdzenia uczestnika postępowania odwoławczego.

Przy wydawaniu orzeczenia Izba pominęła pismo odwołującego się BUDIMEX DROMEX S.A. z dnia 13.03.2009 r. pt. „Załącznik do protokołu z rozprawy” zawierające polemikę z wywodami zawartymi w złożonej przez przystępującego KONSORCJUM MOSTOSTAL opinii

doradcy podatkowego w zakresie stawki w podatku od towarów i usług dla wykonania instalacji i przyłączy gazów medycznych. Zgodnie bowiem z art.190 ust. 2 Pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Ponadto skoro zgodnie z art. 188 ust. 1 zd. 2 Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można składać aż do zamknięcia rozprawy, to tym bardziej nie jest dopuszczalne odpieranie twierdzeń strony przeciwnej po zamknięciu rozprawy, zwłaszcza, że w czasie rozprawy zarządzona została przerwa w celu zapoznania się przez strony z treścią opinii.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. (sygn. akt KIO/UZP/236/09):

Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie się podnoszonego zarzutu tzn. że złożona przez niego oferta jako jedyna zawiera prawidłowo naliczony podatek VAT, przyniosłoby skutek w postaci unieważnienia czynności odrzucenia oferty POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. a przy ponownej ocenie ofert odrzucenie wszystkich pozostałych ofert podlegających ocenie. Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. miałby zatem możliwość uzyskania zamówienia. Okoliczność zaoferowania przez odwołującego się ceny przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie skutkuje zgodnie z orzecznictwem Izby brakiem posiadania interesu prawnego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do formalnego rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach w związku z art. 2 pkt 1 Pzp – jest cena brutto, istotną jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Zatem ustalenie w konkretnych okolicznościach faktycznych, czy stawkę podatku VAT wykonawca uwzględnił poprawnie w cenie ofertowej (cenie brutto) stanowi *de lege lata* przedmiot rozstrzygnięcia Izby. Podatek VAT – stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach – wchodzi bowiem w zakres ceny oferty. Podkreślić należy, że przy rozpoznawaniu odwołania Izba zobowiązana jest

uwzględniać z urzędu oświadczenia zamawiającego wyrażone w dokumentacji postępowania lub w toku postępowania, w formie odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców. Treść siwz doprecyzowana wyjaśnieniami udzielonymi przez zamawiającego wiąże uczestników postępowania i stanowi podstawowy dokument uwzględniany przez Izbę przy badaniu zarzutów. Rozpatrując zarzuty odwołania Izba ocenia bowiem zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego i w tych granicach Izba bierze pod uwagę naruszenie przepisów prawa materialnego, w okolicznościach sprawy skutkujących błędem w obliczeniu ceny oferty.

Pogląd ten jest tym bardziej uprawniony w okolicznościach sprawy, że przepisy ustaw podatkowych, zwłaszcza ustawy o podatku od towarów i usług tworzą system o dużym stopniu złożoności, którego funkcjonowanie opiera się w znacznym stopniu na interpretacjach dokonywanych przez organy podatkowe.

Nie potwierdził się zarzut zaferowania przez KONSORCJUM MOSTOSTAL ceny rażąco niskiej. Nietrafnie przywołuje odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, co potwierdza orzecznictwo Izby, sądów powszechnych oraz doktryna zamówień publicznych, przy ustaleniu dotyczącym możliwości zaferowania ceny rażąco niskiej uwzględnia się wartość przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający uzyskał szczegółowe wyjaśnienia KONSORCJUM MOSTOSTAL. Wyjaśnienia te wskazują czynniki o charakterze obiektywnym, mające wpływ na wysokość ceny i Izba nie znajduje podstaw do ich kwestionowania. Również sam odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. nie wniósł stosunku do nich żadnych zastrzeżeń. Odwołujący się przyznał na rozprawie, że różnice w cenach ofert wynikają przede wszystkim z zastosowania różnych stawek podatku VAT, nieuzasadnione jest zatem przyjęcie, że KONSORCJUM MOSTOSTAL zaferowało cenę dumpingową w rozumieniu art. 3 i 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zatem zarzut art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp należy uznać za chybiony.

Czynność odrzucenia oferty POLIMEX MOSTOSTAL S.A. dokonana przez zamawiającego należy uznać za prawidłową.

Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. zaferował jednolitą stawkę podatku VAT za realizację całego przedmiotu zamówienia, zatem nie uwzględnił wyjaśnień zamawiającego z dnia 20.11.2008 r. oraz z dnia 3.12.2008 r. i nie zastosował dwóch różnych stawek podatku VAT. Wprawdzie wykładnia literalna przywołanych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że zamawiający nie wyłączył definitywnie możliwości zastosowania jednolitej stawki podatku do

całego zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jednak ewentualność taka mogłaby zaistnieć tylko w razie przedstawienia stanowiska właściwego organu skarbowego. Organem tym w aktualnym stanie prawnym, wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu w przywoływanych wyjaśnieniach, nie jest urząd skarbowy.

Zgodnie z art. 14a ustawy Ordynacja podatkowa obowiązek zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej spoczywa na Ministrze Finansów, który upoważnił do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego dyrektorów izb skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Poznaniu i Warszawie – § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego.

Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. nie przedstawił wymaganego przez zamawiającego stanowiska organu podatkowego. Na obecnym etapie postępowania wywodzi się za pomocą argumentacji prawnej, że właściwa jest jedynie jednolita stawka 22% należy uznać za spóźnione.

Udzielając powoływanych wyjaśnień zamawiający zmienił treść siwz w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny wskazując, że co do zasady wystąpią różne stawki VAT dla poszczególnych elementów zamówienia. Wprawdzie wykonawca nie jest zobowiązany do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec treści siwz, to jednak zaniechanie dokonania takiej czynności we właściwym czasie powoduje konsekwencje na dalszym etapie postępowania.

Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter zawity i nie podlegają przywróceniu. Siwz doprecyzowana przez udzielone wyjaśnienia stała się wiążąca dla zamawiającego i wykonawców, (niezależnie od prawnej kwalifikacji treści udzielonych odpowiedzi, bądź jako czynności zmiany treści siwz, bądź jako treści siwz,) najpóźniej po upływie terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp. Skoro odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. złożył ofertę zawierającą jednolitą stawkę podatku VAT i nie przedstawił stanowiska organu skarbowego potwierdzającego prawidłowość takiego działania, to obowiązkiem zamawiającego było, w okolicznościach sprawy, odrzucenie oferty. Zamawiający dysponował interpretacją potwierdzającą trafność poglądu o dualizmie stawki podatku VAT przedstawionej przez odwołującego się SKANSKA S.A. - dowód na twierdzenie przeciwne w stosunku do zarzutów odwołania POLIMEX - MOSTOSTAL S.A.

Niezależnie od powyższego Izba uznaje za nietrafne wywody prawne oparte o art. 6 ust. 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A., norma w nim zawarta wskazuje wyłącznie przepisy proceduralne właściwe dla udzielenia zamówienia

publicznego i nie wywołuje skutku prawnego w sferze prawnopodatkowej. Podobnie nie może o stawce podatku VAT przesądzić brak dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych.

Przytaczane przez odwołującego się orzecznictwo sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich oraz wskazanie na obowiązek "prounijnej" wykładni przepisów prawa w celu wywiedzenia, że w sytuacji, gdy na czynność główną składa się kilka elementów należy uznać je za jedno świadczenie, jedną usługę z ekonomicznego punktu widzenia i jedną czynność podatkowa, wskazuje w ocenie Izby na istnienie argumentów przemawiających za prezentowaną przez odwołującego się interpretacją. Do oceny takiej upoważniony jest jednak Minister Finansów i dyrektor właściwej izby skarbowej. W okolicznościach sprawy wyrażone przywoływane poglądy prawne nie mogą mieć wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu odwołania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Odwołanie wniesione przez SKANSKA S.A. (sygn. akt KIO/UZP/254/09):

Odwołujący się SKANSKA S.A. posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, a wobec ustalenia ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania, skutkujące choćby tylko przywróceniem złożonej przez niego oferty do postępowania, da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się SKANSKA S.A. złożył ofertę zawierającą dwie stawki podatku od towarów i usług a prawidłowość zastosowanej przez siebie kwalifikacji podatkowej potwierdził interpretacją dyrektora właściwej izby skarbowej. Z pisma dyrektora izby skarbowej w Warszawie wynika, że do przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane oraz dostawy stosuje się dwie stawki podatkowe oraz, że przy wyborze stawki właściwej do opodatkowania dostawy wyposażenia przesądzające jest, czy stanowi ono część składową rzeczy (budynku) w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. W okolicznościach sprawy zestawy sufitowe jednostek zasilających mikrochirurgicznej i chirurgicznej oraz kolumny anestezjologiczne należy uznać za część składową rzeczy – bloku operacyjnego. Skoro sala operacyjna stanowiąca część bloku operacyjnego, stanowiącego przedmiot zamówienia, nie może pełnić swojej funkcji bez wymienionych elementów wyposażenia, to istnieje między nimi związek o charakterze, co najmniej funkcjonalnym. Skoro montaż kolumny nie może nastąpić w każdym czasie, w dowolnym miejscu sali operacyjnej i nie jest możliwe jej przeniesienie bez doprowadzenia mediów i ingerencji w instalację gazów medycznych (jeśli jej umieszczenie w

danym miejscu nie było wcześniej przewidziane), to czynność demontażu i przeniesienia kolumny stanowi ingerencję w fizyczną strukturę budynku bloku operacyjnego, prowadzącą do jego zmiany. Spełniony jest zatem wymóg określony w art. 47 § 2 k.c.

Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie tylko w powoływanym przez odwołującego się SKANSKA S.A. wyroku z dnia 28.06.2002 roku, sygn. akt I CK 5/02, ale też np. w wyroku z dnia 11.01.2006 roku, sygn. akt II CSK 65/05, gdzie Sąd Najwyższy podniósł, że okoliczność, że istnieje techniczna możliwość odłączenia urządzenia od gruntu, nie jest wystarczająca do uznania, że urządzenie nie jest częścią składową gruntu.

Zaprzeczenie złożone przez przystępującego KONSORCJUM MOSTOSTAL nie podważa wyrażonej oceny, zwłaszcza, że nie było poparte dowodem na brak funkcjonalnego powiązania między spornymi urządzeniami a budynkiem bloku operacyjnego. Ponadto czynności przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami i oświadczeniem strony, do której przystępuje (art. 184 ust.5 Pzp). Zamawiający nie kwestionował istniejącego powiązania o charakterze funkcjonalnym, podnosił tylko możliwość osobnego nabywania kolumn sufitowych. Okoliczność ta nie przesądza o konieczności zakwalifikowania kolumn jako przynależności budynku bloku operacyjnego w rozumieniu art. 51 § 1 k.c. Skoro kolumny są niezbędne do użytkowania sal w bloku operacyjnym zgodnie z przeznaczeniem, to możliwość wymiany, zastąpienia kolumn przez inne, nie powoduje uznania, że ich połączenie z budynkiem nastąpiło nie dla stałego, a jedynie dla przemijającego użytku. W tym też kontekście nietrafny jest argument zamawiającego, że w przypadku osobnego nabywania kolumn stosowana była stawka 7%. Zamawiający nabywał je jako samodzielny wyrób medyczny podczas, gdy okoliczności postępowania dotyczą pewnej powiązanej fizycznie i funkcjonalnie całości, której część składową stanowią kolumny sufitowe.

Nietrafne jest zatem stanowisko zamawiającego, zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że interpretacja dyrektora izby skarbowej w Warszawie, na którą powołuje się SKANSKA S.A. potwierdza przyjęty przez niego pogląd. Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz z dnia 15.12.2008 r. wyłączył *de facto* możliwość samodzielnego odbioru fizycznie powiązanych z budynkiem elementów wyposażenia, a więc również kolumn anestezjologicznych.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli zamawiający nie określił w siwz właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT to obowiązek ustalenia właściwej stawki VAT spoczywa na wykonawcach.

Jednak jeśli zamawiający twierdzi, że stawka podatku została podana nieprawidłowo i z tego powodu odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to winien twierdzenie to poprzeć dowodem. Na zamawiającym spoczywa bowiem ciężar dowodu, gdyż on ze swoich

twierdzeń o wadliwym wskazaniu stawki podatku VAT wywodzi skutek prawny (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie przedstawił dowodu innego niż uwzględniana przez Izbę z urzędu dokumentacja postępowania, a jego stanowisko w sprawie nie może się ostać.

Możliwość wyodrębnienia części zamówienia oraz podział na przedmiary, miejsca dokonywania wyceny nie mają znaczenia dla ustalenia klasyfikacji podatkowej, gdyż posiadają znaczenie jedynie pogładowe, stanowią realizację ustawowych obowiązków zamawiającego. W ocenie Izby z przedmiarów i kosztorysów stanowiących załącznik do siwz nie wynika, że poszczególnym elementom przedmiotu zamówienia zamawiający przyporządkował określone stawki VAT, zatem nic nie przemawia za tezą, iż podział ten został dokonany w celu określenia, jaka stawka VAT jest właściwa dla określonych prac.

Jeśli jednak zamawiający opisu przedmiotu zamówienia dokonał z myślą o obowiązku podatkowym przyszłych wykonawców, to mógł ten zamysł wyrazić, bądź w treści siwz, bądź w odpowiedzi na pytania wykonawców. Wprawdzie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku i nie przyznają mu *expressis verbis* stosownego uprawnienia, to jednocześnie żaden z przepisów nie zakazuje zamawiającemu wskazania stawki podatku, jeżeli na etapie przygotowywania postępowania dysponuje taką wiedzą. Z możliwości tej zamawiający korzystają w praktyce.

Takie działanie zamawiającego nie tylko nie naruszałoby przepisów prawa, ale też może przynieść skutek w postaci złożenia większej ilości ofert prawidłowych pod względem formalnym i podlegających ocenie, a w konsekwencji zapewnienia większej konkurencyjności postępowania.

W okolicznościach faktycznych sprawy zaniechanie podania przez zamawiającego stawki podatku lub choćby wskazania, że stawka podatku przypisana jest, zdaniem zamawiającego, do dokonanego podziału na kosztorysy (mimo, że wykonawcy dołożyli należytej staranności dążąc przez dwukrotne zadawanie pytań do uzyskania wiedzy na ten temat), doprowadziło do odrzucenia 7 z 9 ofert złożonych w postępowaniu i dopuszczeniu do oceny merytorycznej jedynie jednej oferty.

Indywidualne uwarunkowania wykonawców skutkujące naliczeniem podatku VAT wg stawek innych, niż zakładane przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, nie wykluczają możliwości zredagowania postanowień siwz lub udzielonych wyjaśnień w taki sposób, by ustalenia podatkowe zamawiającego były czytelne i jednoznaczne dla wykonawców. Po pierwsze, zamawiający może zastrzec w siwz, że uzna indywidualne uwarunkowania wykonawców i wskazać podstawę do takiego uznania. Po drugie wykonawcy nie zgadzający się z treścią siwz w odniesieniu do wskazania stawki podatku VAT lub

podstaw do ustalenia stawki, mogą wnieść środki ochrony prawnej. W ten sposób zamawiający już na etapie zapoznawania się wykonawców z dokumentacją postępowania, przed złożeniem ofert, może w sposób racjonalny oczekiwać, że oferty nie powinny zawierać błędu w obliczeniu ceny wywołanego nieprawidłowym przypisaniem poszczególnym elementom zamówienia stawki podatku VAT. Należyta staranność zamawiającego w prowadzeniu postępowania winna wyrażać się również w tym, aby przez ukształtowanie postanowień siwz oraz treść udzielanych wyjaśnień, dążyć do ograniczenia konieczności odrzucania ofert poprawnych merytorycznie z powodu uchybień które byłyby możliwe do eliminacji. Jest to szczególnie warte podkreślenia w odniesieniu do podatku VAT. Podanie przez wykonawcę jego błędnej stawki nie pociąga bowiem dla zamawiającego konsekwencji w postaci groźby zmiany ceny oferty. Zmiana wysokości podatku od towarów i usług nie skutkuje możliwością zmiany ceny oferty zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też przepisów kodeksu cywilnego. W stosunku do oferty SKANSKA S.A. groźba taka tym bardziej nie występuje, gdyż w spornych poz. 28 i 29 zastosowana została podstawowa 22% stawka podatku.

Zatem odrzucając ofertę odwołującego się SKANSKA S.A. zawierającą zróżnicowane stawki podatku od towarów i usług, których zastosowanie znajduje oparcie w interpretacji udzielonej przez dyrektora izby skarbowej zamawiający postąpił niezgodnie z udzielonymi przez siebie wyjaśnieniami i w konsekwencji dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Przepisy podatkowe, ich właściwa interpretacja rodzi liczne problemy w praktyce gospodarczej, co szczególnie dotyczy podatku od towarów i usług. Jednak w obecnym stanie prawnym nie można przyjąć, że interpretacja organu skarbowego ma wyłącznie charakter ochronny.

Z treści przepisów art. 14 ustawy ordynacja podatkowa, w szczególności z brzmienia art. 14i § 3 wywieść należy, że mimo braku charakteru wiążącego interpretacje służyć mają organom podatkowym, organom kontroli i innym podmiotom do jednoznacznego rozumienia kwestii będących przedmiotem interpretacji oraz do stosowania prawa podatkowego w sposób jednolity.

Jakkolwiek przedmiot niniejszego postępowania ma charakter złożony, zarówno pod względem technicznym jak i prawnym i nie można wykluczyć również innej interpretacji prawnopodatkowej czynności związanych z jego realizacją, to wskazać należy, że ryzyko zaistnienia takiej sytuacji jest, w okolicznościach sprawy, ograniczone przez fakt, że wszyscy będący w sporze wykonawcy oraz zamawiający znajdują się we właściwości izby skarbowej w Warszawie. Z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania przed Izbą przy ocenie zarzutów oprzeć należy się na dowodach przedłożonych przez wykonawców, nie zaś na

ewentualnej możliwości uzyskania w przyszłości dowodów na twierdzenia przeciwne. Odwołujący się SKANSKA S.A. potwierdził prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT żądanym przez zamawiającego stanowiskiem organu podatkowego. KONSORCJUM MOSTOSTAL zastosowało inny podział stawek podatku, nie przedkładając dowodu na prawidłowość przyjętego przez siebie podziału. Powyższa konstatacja skutkuje stwierdzeniem, że podatek zawarty w ofercie KONSORCJUM MOSTOSTAL obliczony został nieprawidłowo. Podnieść też należy, że podczas czynności badania oferty KONSORCJUM MOSTOSTAL a następnie dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się SKANSKA S.A. mimo że zawierała stawki podatku VAT wskazane w oparciu o stanowisko organu skarbowego, a uznał za niepodlegającą odrzuceniu ofertę KONSORCJUM MOSTOSTAL, która zastosowanego przez siebie podziału stawek nie poparła wymaganym dokumentem. Wyjaśnienia złożone w odniesieniu do poz. 28 i 29 załącznika nr 10 przez KONSORCJUM MOSTOSTAL należy uznać za nietrafne również wobec wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 28.03.2007 r. sygn. akt III SA/GI 607/06. Zgodnie z przywołanym wyrokiem „organ podatkowy nie jest uprawniony do (...) opierania interpretacji prawa podatkowego na klasyfikacji statystycznej PKWiU. Organ podatkowy dokonuje interpretacji prawa podatkowego w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Sam ustala, czy dane świadczenie jest dostawą czy usługą w rozumieniu ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535)”.

Izba stwierdza też, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający zmienił swoje stanowisko. Wzywając KONSORCJUM MOSTOSTAL do złożenia wyjaśnień zamawiający stwierdził, że poz. 28 i 29 załącznika Nr 10 stanowią część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. Jednak w dalszym toku czynności wycofał się z przyjętego poglądu, nie mając ku temu wystarczających podstaw. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, jak Izba wskazała powyżej, podział zamówienia na dwa dające się wyodrębnić elementy, podział na poszczególne przedmiary i kosztorysy, klasyfikacja statystyczna, nie przesądzają o kwalifikacji podatkowej poszczególnych elementów zamówienia. Również sposób obliczenia ceny oferty wskazany w siwz nie potwierdza prawidłowości stanowiska KONSORCJUM MOSTOSTAL. Takie działanie zamawiającego świadczy o arbitralności przy prowadzeniu postępowania, która nie powinna doznawać ochrony. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w sposób transparentny, zapewniający przestrzeganie zasad udzielania zamówienia publicznego. Badając oferty SKANSKA S.A. i KONSORCJUM MOSTOSTAL zamawiający nie przestrzegał przyjętych przez siebie ustaleń.

Zarzuty dotyczące wadliwego odrzucenia oferty SKANSKA S.A. i zaniechania odrzucenia oferty KONSORCJUM MOSTOSTAL potwierdziły się.

Odwołanie wniesione przez BUDIMEX – DROMEX S.A. (sygn. akt KIO/UZP/255/09):

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się podnosi, że jego oferta jako jedyna zawiera prawidłowo wskazany podatek VAT. Potwierdzenie się podnoszonego zarzutu nie tylko spowoduje przywrócenie złożonej przez niego oferty do postępowania, ale też konieczność odrzucenia pozostałych ofert, w tym dwóch ofert zawierających niższą cenę. Odwołujący się będzie zatem miał możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się zastosował obliczając cenę oferty dwie stawki podatku VAT uwzględnił w tym zakresie odpowiedzi zamawiającego. Jednak przyjętego przez siebie poglądu o możliwości objęcia 7% stawką podatku instalacji gazów medycznych i przyłączy nie poparł stanowiskiem organu skarbowego.

Argumentację przedstawioną przez odwołującego się na rozprawie w oparciu o zasadę autonomii przepisów prawa podatkowego uznaje Izba za logiczną i spójną, natomiast argumentację zamawiającego odwołującą się do postanowień siwz, o czym była mowa powyżej, za nietrafną.

Wyrażone w odwołaniu i na rozprawie poglądy prawne nie mogą mieć wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu odwołania. Nie znalazły bowiem wyrazu w przesądzającym, w okolicznościach sprawy, stanowisku właściwego organu podatkowego. Odwołujący się nie może się skutecznie powołać na znajdujące się dokumentacji postępowania interpretacje urzędów skarbowych, z powodu braku ich adekwatności do stanu faktycznego sprawy i jako, że *de lege lata* uprawnionymi do udzielania interpretacji są dyrektorzy izb skarbowych.

Z interpretacji złożonej przez SKANSKA S.A. wynika możliwość opodatkowania 7 % stawką podatku od towarów i usług w odniesieniu jedynie do tych części wyposażenia, które nie będą stanowić części składowych budynku bloku operacyjnego. W odniesieniu do nich dokonywana będzie odrębna czynność podatkowa polegająca na dostawie wyposażenia (w tym dostawa wyrobów medycznych). Bezspornie instalacja gazów medycznych wraz z przyłączami stanowi część składową bloku operacyjnego – nie zaprzeczył temu sam odwołujący się. Pogląd taki znajduje również oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 18.06.2004 roku sygn. akt II CK 359/03 Sąd Najwyższy wywiódł, że „trwałe,

fizyczne i funkcjonalne połączenie konstrukcji ścian, dachu i podłoża z instalacjami energetycznymi przeznaczonymi do doprowadzania, przetwarzania i rozdzielania prądu elektrycznego przesądza o tym, że zarówno budynek, jak i instalacje energetyczne należy uznać za części składowe całości w postaci rzeczy złożonej (art. 47 § 2 k.c.) (...) Po rozłączeniu sama instalacja ani sam budynek nie mogłyby funkcjonować jako stacja transformatorowa. Funkcja jaką mogły spełniać obydwa ww. elementy tylko w zespole oraz cel gospodarczy, dla osiągnięcia którego zostały one skonstruowane, wykluczają możliwość traktowania jako urządzenia w rozumieniu art. 49 k.c. tylko instalacji wewnątrz budynku.” Skoro zatem instalacja gazów medycznych pozostaje w ścisłym fizycznym i funkcjonalnym związku z budynkiem bloku operacyjnego, to jako jego część składowa podlega opodatkowaniu wg stawki VAT 22%, zgodnie ze stanowiskiem dyrektora izby skarbowej w Warszawie złożonym przez SKANSKA S.A.

Ponadto w aktach sprawy znajduje się interpretacja dyrektora izby skarbowej w Warszawie, złożona przez KONSORCJUM MOSTOSTAL, z której wynika, że do robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji gazów medycznych, znajduje zastosowanie stawka VAT 22%. Skoro zatem samodzielne wykonanie takiej instalacji stanowi czynność opodatkowaną stawką VAT 22%, to tym bardziej uzasadnione jest przyjęcie, że w sytuacji, gdy instalacja taka stanowi część składową budynku bloku operacyjnego, którego budowa objęta jest 22% stawką podatku, wykonanie instalacji w ramach tej budowy, winno być objęte taką samą stawką (*arg. a minori ad maius*). Odwołujący się nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, zatem wywody dotyczące nadania znaku CE oraz zgodności z normami europejskimi nie podważają powyższej oceny. Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podniesione w odwołaniu BUDIMEX DROMEX S.A.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych których dopuścił się zamawiający przy badaniu oferty SKANSKA S.A. miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły oferty zawierającej najniższą cenę. Dlatego Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie art. 191 ust.1 Pzp Izba oddaliła odwołania POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. oraz BUDIMEX DROMEX S.A.

Podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że rozstrzygając jeden ze złożonych protestów unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest nerelewantna dla sentencji wyroku. Przede wszystkim na dzień wydania orzeczenia czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie została dokonana a jedynie zapowiedziana przez zamawiającego w związku z brzmieniem art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp. Skutkiem potwierdzenia zarzutów mających wpływ na wynik postępowania musi być nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż rozstrzygając protest zamawiający zobowiązał się do wykonania jedynie zadeklarowanych w rozstrzygnięciu czynności, nie związanych z badaniem poprawności obliczenia ceny oferty będącego przedmiotem odwołań.

Nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przyniesie skutku w postaci dwukrotnego dokonania tej czynności w postępowaniu. W związku z brzmieniem przywoływanego art.183 ust. 5 pkt 2 Pzp zamawiający dokona tej czynności dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – dniu wydania przez Izbę orzeczenia (art.182 ust.2 pkt 3 Pzp). Dokonując ponownego badania i oceny ofert zamawiający winien wykonać czynności wynikające zarówno z rozstrzygnięcia protestu, jak i z orzeczenia Izby (rozumianego niepodzielnie jako sentencja i uzasadnienie - § 28 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniając treść § 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 rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), zasądziła wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł w częściach równych od odwołujących się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. oraz BUDIMEX – DROMEX S.A, ograniczając wykazywaną na fakturze kwotę 3.660 zł zgodnie z przywołanym przepisem, mając na względzie, iż z treści rachunku wynika, że kwota wynagrodzenia dotyczy zastępstwa w całości postępowania odwoławczego.

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*