

Sygn. akt KIO/UZP 304/09,

KIO/UZP 310/09

**WYROK**  
z dnia 26 marca 2009r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:     Andrzej Niwicki**

**Członkowie:           Lubomira Matczuk – Mazuś**  
**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant:         Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 marca 2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów**

**B. ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Szpital Wojewódzki nr 2, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów** protestów:

**A. Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** z dnia **18.02.2009 r.**

**B . ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,** z dnia **17.02.2009 r.**

przy udziale przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Grupa 3J S.A., TEHAND Sp. z o.o., 04-713 Warszawa, ul. Żegańska 19** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 304/09 i KIO/UZP 310/09 i wykonawcy **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 304/09,

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **A. Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów,**

**B. ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**

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:  
koszty w wysokości **2287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** i koszty w wysokości **2287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:  
**A** kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów** , na rzecz **Szpital Wojewódzki nr 2, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** na rzecz **Szpital Wojewódzki nr 2, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
  - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00** gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **17 713 zł 00** gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Inżynieria Rzeszów sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59a, 35-082 Rzeszów**
  - B** kwoty **17 713 zł 00** gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa.**

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

Sprawa sygn. KIO/UZO 304/09

Odwołujący uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę i przebudowę istniejącego budynku Regionalnego Ośrodka Rehabilitacyjnego Dzieci i Młodzieży wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie – Inżynieria Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie zarzucił Zamawiającemu – Szpitalowi Wojewódzkiemu nr 2 w Rzeszowie, w prowadzonym postępowaniu naruszenie:

przepisu 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Grupa 3J S.A., TEHAND sp. z o.o., zaniechaniu odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu, zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, czynności dwukrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, zaniechaniu czynności wykluczenia kolejnego

wykonawcy tj. ERBUD S.A. na skutek nie złożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku potwierdzenia spełniania warunków udziału oraz zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o:

- powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i czynności - oceny ofert,
- wykluczenie z postępowania wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy ERBUD S.A. oraz
- dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu złożonych przez nie wykluczonych wykonawców.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że wybrana oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wskazał na pozycję 11 wykazu wyposażenia technologicznego wymagającego dostawy i montażu (str. 810 – 814 oferty), gdzie dla drabinki gimnastycznej o określonych wymiarach zastosowano stawkę VAT 7%. W ocenie Odwołującego zastosowanie tej stawki jest błędem, gdyż omawiany przedmiot nie jest, wbrew twierdzeniom wykonawcy, wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, a w konsekwencji drabinka podlega opodatkowaniu wg stawki podstawowej 22%.

Odwołujący wskazał na kolejny błąd w obliczeniu ceny wynikający z zastosowania niejednolitej stawki podatku tj. przyjęcie dla robót budowlanych stawki 22%, a dla układu solarnego, gazów medycznych oraz sprzętu medycznego – stawki 7%. Odwołujący stwierdził, że możliwość zastosowania różnych stawek VAT istnieje tylko wówczas, gdyby zgodnie z warunkami kontraktu, dostawa i montaż układu solarnego, gazów medycznych oraz sprzętu medycznego stanowiły wyodrębnioną część, natomiast przedmiot niniejszego zamówienia jest rozbudowa i przebudowa budynku wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną, jest to przedmiot oznaczony nazwą i kodem: „45215140 Roboty budowlane zakresie obiektów szpitalnych”. Odwołujący wskazuje na zasadę, wg której stawka VAT zależy od przedmiotu, którego udział w zamówieniu jest największy. Powołał wyrok KIO z 4.04.08 sygn. akt KIO/UZP 255/08 (UZP zeszyt 1 poz. 125), interpretację dyrektora IS w Poznaniu i wyrok NSA z 28.03.03 r. na uzasadnienie braku podstaw do zastosowania różnych stawek podatku VAT. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a wykonawca wobec braku możliwości wezwania go do uzupełnienia dokumentów powinien być wykluczony.

Odwołujący wskazał na przesłanki wykluczenia wybranego wykonawcy z powodu nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na pkt VIII.1.2 SIWZ dot. doświadczenia stwierdził, że w załączonym do oferty wykazie (załącznik nr 4) występują braki, które wymienił w pięciu pozycjach. (m.in. brak wentylacji i klimatyzacji z AKPiA - aparatura kontrolno pomiarowa i automatyka, brak BMS (building management system zarządzania budynkiem), brak informacji o wyszczególnionych instalacjach itd.).

Powołując pkt VIII.1.3 SIWZ Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku specyfikacji w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – kandydatami na stanowiska kierowników wymienionymi w wykazie stanowiącym załącznik nr 5 od strony 216 oferty.

Wskazał, że kandydat na kierownika budowy nie ma doświadczenia na budowie stanowiącej obiekt użyteczności publicznej o wymaganej kubaturze. Stwierdził również brak wymaganego doświadczenia kandydatów na kierowników robót elektrycznych wskazując na brak w wykazie i referencjach informacji potwierdzających spełnianie warunków. Powyższe, w ocenie Odwołującego powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podnosi, że mimo zakazu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta podlega odrzuceniu, do uzupełnienia dokumentów.

Wezwany wskazał nowego kierownika budowy dostarczając referencje, z których nie wynika, że kandydat był kierownikiem budowy z wymaganym stażem zawodowym.

Dnia 2 lutego 2009 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów z ponownym żądaniem dostarczenia tego samego wykazu osób z referencjami lub zgłoszeniami do nadzoru budowlanego. Odwołujący stwierdził, że nie można wielokrotnie korzystać z przepisu art. 26 ust. 3 w odniesieniu do tych samych dokumentów.

Odwołujący wskazał, że mimo powtórnego wezwania Zamawiający nie otrzymał wymaganych dokumentów, gdyż wykonawca w piśmie z dnia 4.02.09 r. przesłał jedynie CV. W odniesieniu do kierownika robót sanitarnych Odwołujący podniósł zarzut braku dokumentów potwierdzających, że kandydat (Aleksander P.) posiada co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe oraz, że przez trzy lata był kierownikiem robót.

Analogiczny zarzut podniósł w stosunku do kandydata na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazując na braki referencji i wykazu robót, które potwierdzałyby wymagany pięcioletni staż pracy oraz trzyletni okres kierowania robotami. Odwołujący wskazał, że kandydat jest pracownikiem podwykonawcy i nie może być brany pod uwagę do oceny spełniania warunku udziału przez wykonawcę w świetle art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w stanie prawnym sprzed 4 września 2008 r., wg którego toczy się niniejsze postępowanie. Stwierdził, że wskazanie tej osoby byłoby możliwe, gdyby była pracownikiem konsorcjanta wykonawcy.

Odwołujący zarzucił informacji z dnia 4.02.09 przesłanej na wezwanie z dnia 2.02.09 r. brak potwierdzenia wymaganego doświadczenia. Braki w uzupełnionym wykazie wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 4) wskazał dla pozycji 2, 3, 4 i 5. Wskazując

zarzuty stwierdził, że wybrany wykonawca nie potwierdził posiadania wymaganego doświadczenia i nie udokumentował wykonania dwóch robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej o wymaganej łącznej wartości i kubaturze oraz żądanej przez Zamawiającego specyfikacji rzeczowej.

Zarzuty w stosunku do wykonawcy ERBUD Odwołujący uzasadnił niedostarczeniem na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że pismem z dnia 2.02.09 r. wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia z dostarczeniem właściwych dokumentów potwierdzających te okoliczności.

W zakreślonym terminie, jak stwierdził Odwołujący, ERBUD wykonał tylko część wezwania dostarczając wykaz wykonanych robót budowlanych z informacjami (zał. nr 4) oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (zał. nr 5). Nie dostarczono referencji potwierdzających doświadczenie ERBUD i wykazu osób zawierającego informacje wystarczające do potwierdzenia, że ERBUD spełnia warunku udziału, a także referencji dot kierownika budowy i robót sanitarnych potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia.

Niezależnie od złożonych dokumentów wykonawca przedstawił wyjaśnienia o potwierdzeniu spełniania warunków, a także, co do części żądań, złożył dnia 9.02.09, protest.

Odnosząc się do przedstawionych kandydatur na stanowiska kierowników i powołując postanowienia pkt VIII.1.3. SIWZ Odwołujący stwierdził, że nie wykazano, by kandydat na kierownika budowy posiadał wymagane doświadczenie wobec braku dowodu na dziesięcioletnie doświadczenie, a wykazanie jedynie, wg treści załącznika nr 5, około 5 i pół roku.

Również w odniesieniu do dwóch kierowników robót sanitarnych (panów M. i B.) nie wykazano wymaganego doświadczenia.

Oprócz wyżej wskazanych osób Odwołujący wskazał na brak potwierdzenia doświadczenia zawodowego dla panów J. Ż., A. J. i K. F.

Odwołujący ponownie podniósł brak możliwości wskazywania osób zatrudnionych przez podwykonawców w reakcji na pismo wykonawcy ERBUD, który stwierdził, że wykazał osoby, którymi dysponuje, będące pracownikami firm podwykonawczych.

Odwołujący zarzucił wykazowi wykonanych robót (zał. nr 4) przesłanemu przez wykonawcę ERBUD na wezwanie do uzupełnienia dokumentów sprzeczność z referencjami odnoszącymi się do tych samych robót wskazując na inny zakres robót w stosunku do obecnie złożonego oświadczenia. Wskazał na różnice pomiędzy oświadczeniem w uzupełnionym załączniku nr 4 a treścią uprzednio złożonych referencji, w poz. 1, 4, 9 i 13

oraz roboty nie potwierdzające spełniania warunków zgodnie z treścią załącznika nr 4 dostanego w wyniku uzupełnienia, w poz. 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15 i 16.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że ERBUD nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu mających wpływ na wynik postępowania, co powinno spowodować wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniesionych odwołań. Stwierdził, że dokonał wyboru oferty zgodnie z Pzp, ustawą o podatku VAT, ustawą o wyrobach medycznych i był to wybór prawidłowy. Doświadczenie z prowadzonego postępowania wskazuje, iż było ono prowadzone optymalnie.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wybrany wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że w specyfikacji użyto określenia „kierownicy robót branżowych”, a nie branży teletechnicznej i drogowej. Takich uprawnień nie wymagał również Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Wykonanie przedmiotu zamówienia nie wymaga dysponowania osobami z takimi uprawnieniami. Powołał art. 14 ust. 1 prawa budowlanego wskazując na podstawowe specjalności uprawnień budowlanych.

Przypomniał, że wynagrodzenie w postępowaniu jest ceną ryczałtową brutto i prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT. Składa kopie 3 interpretacji podatkowych, w tym jednej dotyczącej wykonywania instalacji gazów medycznych skierowanej do Przystępującego. Wskazuje na odpowiedzialność wystawcy faktury VAT za prawidłowe sporządzenie dokumentu, wynikającą z ustawy o podatku od towarów i usług. Stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia i klasyfikacja wg kodu CPV nie ma znaczenia przy ustalaniu stawki podatku VAT, dla której znaczenie ma klasyfikacja PKWiU i sama ustawa.

Wskazał na brak dowodu ze strony Odwołującego na potwierdzenie jego tezy dotyczącej ceny oraz wskazał na zasadność rozpatrzenia zarzutów odwołania w granicach przedstawionych w proteście 3 wobec różnic w zarzutach w zakresie podatku VAT przy wskazaniu pozycji ofertowych w proteście i odwołaniu. W odwołaniu wskazano jedynie pozycję 11 jako podaną z niewłaściwą stawką podatku VAT. W pozostałym zakresie zarzuty nie były kontynuowane.

W odwołaniu pojawiły się gazy medyczne i układ solarny, czego nie zawierał protest.

Odnosząc się do treści oświadczenia Odwołującego stwierdził, że w dołączonym piśmie ELSTAR potwierdzono dysponowanie osobą kierownika robót elektrycznych.

Wskazał, że o stawce VAT decyduje nie Zamawiający, lecz wykonawca. Powołał r. XVIII SIWZ z zamieszczonym sposobem obliczenia ceny. Wskazuje, że Zamawiający żądał w formularzu oferty podania ceny brutto. Zarzuca Odwołującemu brak dowodu dotyczącego

zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Powołał wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 203/09-219/09 z dnia 09.03.2009r., cytując jego fragmenty na uzasadnienie swojego stanowiska. Wskazuje na wielość interpretacji prawa podatkowego w analogicznych sprawach.

Kwestionując zarzut podwójnego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów wskazał, że na wezwanie z dnia 20.01.2009r. odnoszące się do załącznika nr 5, złożył dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału. Drugie wezwanie, tj. z dnia 02.02.2009r. dotyczyło uzupełnienia załącznika nr 4, doświadczenia zawodowego w wykonywaniu robót. W drugiej części tego pisma Zamawiający zażądał wyjaśnienia czy kierownik budowy kierował pracami w kubaturze całego budynku, czy tylko jego części. W odpowiedzi został poinformowany, że prace dotyczyły całego budynku. Składa pismo AM we Wrocławiu dotyczące pełnienia funkcji przez kierownika budowy.

Wskazał na niekonsekwencję Odwołującego, który zarzuca zastosowanie obniżonej stawki tylko w odniesieniu do pozycji 11, mimo zaoferowania szeregu innych pozycji będących wyrobami medycznymi (pozycje 6, 15, 26, 29, 37, 38).

Sprawa sygn. KIO/UZP 310/09

Odwołujący uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę i przebudowę istniejącego budynku Regionalnego Ośrodka Rehabilitacyjnego Dzieci i Młodzieży wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą zewnętrzną w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 w Rzeszowie – ERBUD S.A. w Warszawie zarzucił Zamawiającemu – Szpitalowi Wojewódzkiemu nr 2 w Rzeszowie, w prowadzonym postępowaniu naruszenie: przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust 1 pkt 2, art. 24 ust 1 pkt 10, ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. art. 89 ust. 1 pkt 1, 5, 6 i 8 poprzez wybór Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Grupa 3J S.A. w Warszawie i Tehand sp z o.o. w Lublinie oraz czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy mimo błędów w obliczeniu ceny i niezgodności z odrębnymi przepisami tj. ustawą o podatku od towarów i usług.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, i w jej wyniku odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, a także nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący powołał treść pkt II SIWZ z opisem robót do wykonania oraz pkt VIII SIWZ z opisem warunków stwierdzając, że wybrany wykonawca nie wykazał dysponowania osobami z wymaganymi uprawnieniami budowlanymi w branży teletechnicznej i drogowej.



Odwołujący zakwestionował zastosowanie w wybranej ofercie 7% stawki podatku VAT. Powołując przepisy Prawa budowlanego i Prawa zamówień publicznych stwierdził, że montaż i uruchomienie urządzeń technicznych w ramach wykonywania umowy o roboty budowlane należy traktować jako robotę budowlaną zwłaszcza, że Zamawiający dla przedmiotu zamówienia przyjął jednolitą klasyfikację jako roboty budowlane w zakresie obiektów szpitalnych, nie przewiduje ofert wariantowych lub częściowych i oczekuje wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie zamówienia. W konsekwencji Odwołujący uznał, że przyjęcie w trzech pozycjach kosztorysu tj. gazy medyczne, układ solarny oraz dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia stawki podatku VAT 7% stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdyż wskazane elementy z chwilą ich montażu stają funkcjonalną częścią składową obiektu, co oznacza, że powinny być wycenione z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT. Powołał się na dołączoną do odwołania indywidualną interpretację Dyrektora IS dotyczącą stawki VAT za instalację gazów medycznych w szpitalu. Podsumowując Odwołujący stwierdził, że cały przedmiot zamówienia został opisany jako robota budowlana, a przewidziane dostawy, montaż i uruchomienia wyrobów medycznych objęte są stawką 22% i brak jest podstaw do stosowania podziałów dla celów podatkowych przy jednym świadczeniu głównym.

Odwołujący stwierdził również, że popełniony błąd nie może być uznany za możliwą do poprawienia omyłkę rachunkową.

Odwołujący przytoczył orzecznictwo dotyczące podatku VAT przy rozliczaniu robót budowlanych, dostawach i montażu wskazując na obowiązywanie jednolitej podstawowej stawki podatku właściwej dla robót podstawowych (świadczenia głównego).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując argumentację o prawidłowym przeprowadzeniu postępowania i dokonany wyborze oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego konsorcjum firm Grupa 3J S.A. i TEHAND sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania wywodząc, że prawidłowo skalkulował cenę oferty i podtrzymał argumentację podniesioną w stosunku do zarzutów Odwołującej się spółki Inżynieria Rzeszów sp. z o.o..

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że obaj Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołań. Zarzuty podnoszone dotyczą oferty uznanej przez

Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferty Odwołujących są wśród ofert ważnych w postępowaniu, w kolejności drugą i trzecią w rankingu oceny ofert. Wykonawcy zatem wykazali interes prawny w rozumieniu ustawy Pzp. Gdyby bowiem zarzuty zostały uwzględnione każdy z nich miałby szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki do rozpatrzenia odwołań, wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oceniając podniesiony w obydwu odwołaniach zarzut popełnienia w wybranej ofercie błędu w obliczeniu ceny, Izba podziela stanowisko, że w toku postępowania nie udowodniono obowiązku zastosowania jednolitej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 22% w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, w tym i do wyrobów medycznych będących częścią przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek roboty budowlane opodatkowane stawką podstawową stanowią przeważającą wartość planowanych prac, nie jest to okoliczność wyłączająca możliwość przyjęcia dla niektórych elementów, innej obniżonej stawki w wysokości 7%. Należy stwierdzić, że zastosowanie do danej czynności określonej stawki podatkowej następuje na mocy ustawy stosownie do wielkości określonej w ustawie o podatku od towarów i usług. Natomiast odpowiedzialność za prawidłowe zastosowanie ustawowej stawki spoczywa na podatniku, a w okolicznościach niniejszej sprawy na wykonawcy. Izba uznaje, że wybrany wykonawca miał podstawy przy dokonywaniu wyceny prac przyjąć kwestionowaną przez Odwołujących stawkę podatku uznając określone wyroby za wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych i stosownie do takiej oceny zastosować stawkę przewidzianą w ustawie o podatku VAT. Należy przy tym stwierdzić, że przedłożone przez strony Izbie interpretacje organów podatkowych nie mogą stanowić dowodu mogącego potwierdzić stanowisko którejkolwiek ze stron, gdyż są to indywidualne interpretacje dotyczące odmiennych stanów faktycznych. Tym samym, w braku innego dowodu mającego potwierdzić zarzut, uznano zarzut popełnienia błędu w obliczeniu ceny za nieuzasadniony.

Oceniając zarzut dwukrotnego wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, mających potwierdzić spełnianie warunków udziału, postępowanie dowodowe wykazało, że jakkolwiek w obu pismach kierowanych do wykonawcy Zamawiający powoływał się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie było to dwukrotne wezwanie o złożenie wymaganego dokumentu, bowiem kolejnym pismem Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści dokumentów, a zatem kolejne wezwanie nie było czynnością tożsamą i było oparte na przepisie art. 26 ust. 4 ustawy. Przedłożone w wyniku uzupełnienia i złożonych wyjaśnień potwierdziły spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego ERBUD S.A. kwestionującego brak wykazania przez wybranego wykonawcę dysponowania osobami z wymaganymi uprawnieniami w specjalności telekomunikacyjnej i drogowej ustalono na podstawie treści SIWZ opisującej warunki udziału w postępowaniu ( pkt. VIII 1.3.), że Zamawiający wymagał przedstawienia kandydatów na stanowiska kierownika budowy – koordynatora oraz kierowników branżowych nie wskazując specjalności, w jakich należy wykazać posiadanie uprawnień budowlanych. W ocenie Izby wymagane uprawnienia należy odnosić do rzeczywistej potrzeby wynikającej z charakteru przedmiotu zamówienia, a ogólny opis w SIWZ nie oznacza konieczności przedstawienia osób z uprawnieniami we wszystkich dziewięciu specjalnościach i dodatkowych specjalizacjach wynikających z przepisów art. 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm. ). Tym samym podniesiony zarzut jest nieuzasadniony.

Oceniając zarzuty podniesione w odwołaniu Inżynierii Rzeszów sp. z o.o. w stosunku do wykonawcy ERBUD S.A. skład orzekający Izby wziął pod uwagę istotną w sprawie okoliczność, jaką jest wydanie przez Izbę wyroku z dnia 18 marca 2009 r. w sprawie sygn. KIO/UZP 264/09 z odwołania wniesionego przez Inżynierię Rzeszów od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Szpital Wojewódzki nr 2 w Rzeszowie protestu z dnia 9 lutego 2009 r. W wyroku Izby oddalającym odwołanie stwierdzono m.in.: „Należy jednak mieć na uwadze, że ERBUD S.A. podporządkował się wymaganiom SIWZ i przedstawił żądane referencje dokumentacji swojej oferty. Wykonawca w wyznaczonym terminie, uzupełnił te dokumenty przedstawiając kompletne opisy, wymagane w specyfikacji, jako warunki udziału. Przedstawione referencje dla osób, których wykonawca ERBUD S.A. zamierza zatrudniać w charakterze kierowników, są w ocenie Izby odpowiednie.”

Przedstawione ustalenia dotyczą, w ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie, tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu. W konsekwencji, mając na uwadze zasadność odpowiedniego zastosowania art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Pzp, skład orzekający podniesione zarzuty, w omawianym zakresie, odrzuca.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przywołanych w odwołaniach przepisów ustawy i orzekł, jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....