

WYROK
z dnia 14 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CASTELLUM Sp. z o.o., 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31; MBM Firma Konsultingowa i Projektowo-Badawczo-Budowlana Sp. z o.o., 51-144 Wrocław, ul. Wybickiego 10/5; EURO PROJEKT Tomasz Bartosik, 50-368 Wrocław, ul. Bujwida 34a/17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wrocławskie Przedsiębiorstwo HALA LUDOWA Sp. z o.o., 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1** protestu z dnia 5 września 2008 r.

przy udziale **ALPINE Bau GmbH, 122 Wals-Siezenheim, Austria** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **CASTELLUM Sp. z o.o., 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31; MBM Firma Konsultingowa i Projektowo-Badawczo-Budowlana Sp. z o.o., 51-144 Wrocław, ul. Wybickiego 10/5; EURO PROJEKT Tomasz Bartosik, 50-368 Wrocław, ul. Bujwida 34a/17** i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **CASTELLUM Sp. z o.o., 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31; MBM Firma Konsultingowa i Projektowo-Badawczo-Budowlana Sp. z o.o., 51-144 Wrocław, ul. Wybickiego 10/5; EURO PROJEKT Tomasz Bartosik, 50-368 Wrocław, ul. Bujwida 34a/17;**
 - 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CASTELLUM Sp. z o.o., 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31; MBM Firma Konsultingowa i Projektowo-Badawczo-Budowlana Sp. z o.o., 51-144 Wrocław, ul. Wybickiego 10/5; EURO PROJEKT Tomasz Bartosik, 50-368 Wrocław, ul. Bujwida 34a/17;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie remontu elewacji, stolarki okiennej i pokrycia dachów budynku Hali Stulecia we Wrocławiu* (numer referencyjny ZP/PN/6/2008/DIR), opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 czerwca 2008 r. nr 1, pozycja 125465.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2008 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ALPINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau, która jako jedyna nie podlegała odrzuceniu. Jednocześnie przekazał informację o odrzuceniu oferty „CASTELLUM – MBM – EURO-PROJEKT”, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierającej błąd obliczenia ceny przez zastosowanie zerowej stawki VAT dla robót obejmujących remont stolarki okiennej Hali Ludowej – Hala Stulecia, na skutek nieprawidłowego zaklasyfikowania wg PKWiU, jako „usługi ochrony zabytków”. W ocenie zamawiającego przedmiot zamówienia

odnosi się do robót budowlanych, stanowiących prace budowlane wykonywane w obiekcie zabytkowym i nie podlegające zwolnieniu z podatku VAT.

W dniu 5 września 2008 r., konsorcjum „CASTELLUM – MBM – EURO-PROJEKT”, wniosło do Zamawiającego protest wobec czynności odrzucenia oferty Konsorcjum oraz dokonania wyboru oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zamawiający oddalił protest w części dotyczącej odrzucenia oferty oraz wykluczenia wybranego Wykonawcy.

2

W uzasadnieniu Protestujący podkreślał, iż obowiązek prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT ciąży na składającym ofertę. Konsorcjum zaklasyfikowało wykonanie robót konserwatorskich – remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00 m, do grupy PKWiU 92.52.12, jako usługi ochrony zabytków *konserwacja miejsc i budynków zabytkowych i historycznych architektury murowanej lub drewnianej (z wyjątkiem prac budowlanych)*, zwolnionej z podatku VAT. Powołując się na dokumentację konserwatorską, Wykonawca uznał za konieczne i niezbędne przeprowadzenie robót konserwatorskich remontu stolarki okiennej. Dokonana przez Zamawiającego kwalifikacja przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych pozostaje w sprzeczności z dokumentacją konserwatorską i opinią służb konserwatorskich. Zakres rzeczowy niniejszego postępowania określony w programie funkcjonalno-użytkowym obejmuje również „poprawienie” stolarki okiennej przez wymianę oszklenia oraz elementów drewnianych stolarki, w zakresie odpowiadającym wymaganiom konserwatorskim. Wydana na wniosek Protestującego opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi, w sposób jednoznaczny interpretuje klasyfikowanie prac do grupy PKWiU 92.52.12. i potwierdza poprawność dokonanej przez Konsorcjum klasyfikacji usługi. W ocenie Wykonawcy, Zamawiający błędnie zaklasyfikował roboty konserwacji stolarki okiennej do robót budowlanych. Dokumentacja konserwatorska, ranga i klasa obiektu, opinie właściwych służb, potwierdzają, że remont konserwatorski stolarki okiennej obejmuje inny zakres prac niż „wymianę, czyszczenie, malowanie stolarki okiennej”, jak również nie stanowi „bieżącej konserwacji”. Natomiast, w ocenie Zamawiającego opis konstrukcji okien potwierdza, że będące przedmiotem okna krosnowe nie mogą być uznane za stolarkę artystyczną, której remont kwalifikuje się do usług ochrony zabytków, mieszczącej się w grupowaniu 92.52.12-00.00 wg PKWiU (nie posiadają jakichkolwiek ozdób bądź detali artystycznych). Ponadto przywoływana przez Protestującego dokumentacja konserwatorska nie wymagała, aby remont stolarki okiennej wykonywany był przez renowatorów zabytków, co jest warunkiem wymaganym Rozporządzeniem Ministra Kultury z dnia 9 czerwca 2004r w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich (...). Zakres i opis prac wskazuje na typowy zakres robót remontowych drewnianej stolarki okiennej, wykonywanych przez stolarza pod nadzorem kierownika budowy, który odbył co najmniej 2-letnią praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomości (par. 8 pkt 1 rozporządzenia). Używane przez Protestującego pojęcie „prac konserwatorskich”, jako uzasadnienie klasyfikowania do usługi ochrony zabytków, nie jest jednoznaczne i wiąże się w sposób nierozwalny z robotami budowlanymi. W ocenie Zamawiającego, ponieważ nie jest wymagane prowadzenie prac przez konserwatora zabytków, powinny być one uznane za roboty budowlane.

W zakresie zarzutu wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, Odwołujący się wskazał na brak potwierdzenia posiadania przez wskazaną na kierownika robót osobę, świadectwa przeszkolenia w zakresie stosowania materiałów

3

CFRP wydanego przez właściwy Instytut Naukowo-Badawczy. Zamawiający uwzględnił protest i powtórzył oprotestowaną czynność, dokonując ponownie w dniu 18 września 2008 r., po uzupełnieniu dokumentu, wyboru oferty złożonej przez ALIPINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau.

W dniu 19 września 2008r. Konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymało zarzuty w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, przez co naruszono zasady uczciwej konkurencji oraz obiektywizmu i bezstronności, określone w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ponadto Wykonawca wskazał na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1

pkt 2 i 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ALPINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau i odrzucenia jego oferty. W uzupełnieniu dotychczasowego stanowiska, Odwołujący się podkreślił, że nawet ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego co do wyliczenia ceny ryczałtowej nie mogły zmieniać ustawowego domniemania z art. 88 ust. 1 pkt 3 a, prawidłowości ceny ryczałtowej brutto. Zgodnie z kryteriami oceny ofert, ceną oraz terminem realizacji zamówienia, oferta Odwołującego się powinna uzyskać najwyższą punktację i w konsekwencji powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto wskazał, iż dotychczasowe czynności podejmowane na obiekcie jednoznacznie przesądzają, że stolarka okienna wymaga renowacji konserwatorskiej. Podobnie, stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści opinii prawno-podatkowych wydanych na jego wniosek. Potwierdzają one, że oferta Konsorcjum spełnia warunki określone przez Zamawiającego, a usługi remontu stolarki okiennej (...) wypełniają definicje prac konserwatorskich i oferent miał prawo zastosowania zwolnienia usług remontu stolarki okiennej z opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Zakwalifikowanie przez Zamawiającego remontu stolarki okiennej do robót budowlanych stoi w sprzeczności z zapisami dokumentacji konserwatorskiej, w której podkreśla się konieczność „kompleksowej restauracji stolarki okiennej”, „konieczność zachowania autentycznej substancji, do której należy także stolarka okienna”, a także wskazuje się, iż „większość okien nadaje się do restauracji i nie może ulec wymianie...”. W części odwołania dotyczącej zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, Odwołujący się wskazał, iż niedopuszczalne było powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w części zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego. Sprzeciwia się temu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, co potwierdzają przytoczone w odwołaniu orzeczenia Zespołów Arbitrów UZP/ZO/0-687/07; UZP/ZO/0-706; UZP/ZO/0-2598/06. Dodatkowo, wykraczając poza zarzut protestu, Odwołujący odniósł się do uzupełnionego przez Wykonawcę dokumentu „świadczenia przeszkolenia”, podważając jego prawdziwość.

4

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ALPINE Bau GmbH Internationaler Ingenieurbau. Skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu przystępującego do postępowania odwoławczego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, iż odwołujące się Konsorcjum posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu, w którym złożyło ofertę. Nie pozbawia tego interesu brak formalny protestu polegający na niewskazaniu w treści właściwych przepisów Prawa zamówień publicznych, których naruszenie zarzuca Wykonawca Zamawiającemu. Ich doprecyzowanie w treści odwołania nie powoduje, iż zakres zarzutów wykracza poza treść protestu. Stanowi ono jedynie uzupełnienie uzasadnienia prawnego.

W zakresie zarzutów merytorycznych odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 2, art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp., przez odrzucenie oferty Konsorcjum na skutek błędnego naliczenia podatku VAT, istota rozstrzygnięcia sprowadzała się do ustalenia, czy Wykonawca prawidłowo zakwalifikował, a następnie obliczył stawkę podatku VAT dla części przedmiotu zamówienia dotyczącej prac wykonywanych na elementach stolarki okiennej.

W formularzu ofertowym na stronie 2 Wykonawca podając informację o wysokości naliczonego podatku VAT, zaznaczył, iż w części zastosował zwolnienie z opodatkowania. W wyjaśnieniach do treści oferty z dnia 21 lipca 2008 r., Odwołujący się wskazał, iż zakwalifikował wykonanie remontu stolarki okiennej powyżej poziomu 4,00 m do „zwolnienia” z podatku VAT, jako remont konserwatorski mieszczący się w grupowaniu PKWiU 92.52.12-00.00. Oferta Odwołującego się przy zastosowaniu „zwolnienia” od podatku VAT była tańsza od oferty Przystępującego, który zastosował jednolitą stawkę podatku 22% do całości zamówienia. Tym samym sposób naliczenia podatku VAT miał decydujący wpływ dla wskazania oferty najtańszej.

Skład orzekający stwierdził, na podstawie dokumentacji konserwatorskiej stolarki okiennej

Hali Ludowej – Hali Stulecia we Wrocławiu, iż prace, jakie mają być prowadzone w zakresie stolarki okiennej, winny być oceniane jako prace konserwatorskie. Wskazuje na to wprost powołana dokumentacja, w której w pkt 4 – „Wnioski konserwatorskie”, podaje się, iż 90 % okien nadaje się do restauracji i nie może ulec wymianie, przy około 5 % okien wystarczy przeprowadzić jedynie zabiegi związane z konserwacją, a około 1 % okien należy rekonstruować. Wnioski konserwatorskie dotyczą zachowania w sposób maksymalny zastanej stolarki okiennej. W wielu miejscach dokumentacji mowa jest o pracach

5

konserwatorskich wykonywanych przy wszystkich oknach. Niewątpliwie obiekt, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie należy do obiektu zabytkowego, na co wskazuje wpis na listę Światowego Dziedzictwa Narodowego UNESCO. Na tej podstawie nie znalazło poparcia stanowisko Zamawiającego, jakoby prace dotyczące stolarki okiennej stanowiły roboty budowlane. Niezależnie od przyznania Odwołującemu się, iż zakres prac jest zróżnicowany i obejmuje również prace konserwatorskie, skład orzekający oddalił zarzut naruszenia przywołanych powyżej przepisów ustawy, z uwagi na brak dowodu dla potwierdzenia prawidłowości zwolnienia z opodatkowania prac dotyczących stolarki okiennej Hali Ludowej – Hali Stulecia we Wrocławiu. Odwołujący się przedstawił wyłącznie interpretację standardów klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi, wskazującą na sposób grupowania według PKWiU 92.52.12-00.00. Jak podkreślał sam organ, informacja ta nie ma charakteru wiążącego i nie jest skierowana na wywołanie określonych skutków prawnych. Stanowi jedynie pomoc dla wnioskodawcy w ustaleniu właściwego grupowania, natomiast właściwe zaklasyfikowanie leży w gestii samego producenta lub usługodawcy. Tym samym Izba nie mogła na podstawie tej informacji potwierdzić, czy Odwołujący się w sposób prawidłowy przyjął, że prace w zakresie stolarki okiennej podlegają zwolnieniu z podatku od towarów i usług. Ponadto, jak podkreśla sam organ, przedstawiona decyzja nie wskazuje, czy w konkretnym stanie faktycznym właściwe jest zakwalifikowanie robót konserwatorskich stolarki okiennej Hali Stulecia, jako „usługi ochrony zabytków”. Właściwym organem dla dokonania interpretacji przepisów prawa podatkowego, zgodnie z art. 14b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, jest Minister właściwy do spraw finansów publicznych, który na wniosek zainteresowanego podmiotu wydaje w jego indywidualnej sprawie pisemną interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretacja indywidualna). Izba nie jest organem uprawnionym do wydawania interpretacji co do prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT. Ciężar dowodu obciąża stronę, która wywodzi z okoliczności skutki prawne. W niniejszej sprawie Odwołujący się nie przedstawił dowodu, który pozwoliłby na uwzględnienie odwołania w tym zakresie. Na tej podstawie należało uznać zarzut za nie uzasadniony.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp., przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego do postępowania odwoławczego, skład orzekający oddalił. Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia protestu uwzględnił zarzut dotyczący braku w ofercie świadectwa przeszkolenia dla osoby wskazanej na kierownika robót. Tym samym Odwołujący nie ma interesu prawnego w podtrzymywaniu zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie zmienia tego stanowiska okoliczność, iż Zamawiający po uzupełnieniu dokumentu przez Wykonawcę ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ALPINE Bau GmbH. Jest to nowa czynność, na którą Odwołujący się wniósł oddzielny protest. Zatem zarzuty dotyczące oceny

6

uzupełnionego dokumentu nie mogą być rozpatrywane przez skład orzekający w niniejszym postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. § 4.1 ppkt 2 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), do kosztów postępowania odwoławczego nie zalicza się kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy. Tym samym, Izba oddaliła

wniosek pełnomocnika Przystępującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*