

WYROK

z dnia 8 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2019 r. i w dniu 3 lipca 2019 r. odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą
w Warszawie (sygn. akt KIO 1046/19);

B. w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie
Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w
Gliwicach (sygn. akt KIO 1065/19);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Bielsko-Biała - Urząd Miejski
w Bielsku-Białej

przy udziale

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa
Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., ALSTAL DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą
w Jacewie, zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO
1046/19, KIO 1065/19 po stronie zamawiającego

oraz

B. przy udziale wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie
zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1065/19
po stronie zamawiającego

orzeka:

1.1. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A.
z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1046/19);

1.2.

1.2.1. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie
Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w
Gliwicach w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.
1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (sygn. akt KIO 1065/19);

1.2.2. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., ALSTAL DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Jacewie do złożenia wyjaśnień i ewentualnie prawidłowych dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia); oraz w zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie, który powoduje istotną zmianę w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., ALSTAL DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Jacewie - poz. 8.44 w kosztorysie „BCOPredmiar” (sygn. akt KIO 1065/19);

1.2.3. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1065/19.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1046/19 obciąża odwołującego Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie; kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1065/19 obciąża zamawiającego

Miasto Bielsko-Biała - Urząd Miejski w Bielsku-Białej, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od dowolania o sygnaturze KIO 1046/19 oraz uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Zabrze

Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 1065/19;

2.2. zasądza od wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Bielsko-Biała - Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od zamawiającego Miasta Bielsko-Biała - Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej na rzecz wykonawcy Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach kwotę 25 038 zł 25 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy trzydzieści osiem złotych dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1046/19
KIO 1065/19

Uzasadnienie

Miasto Bielsko-Biała - Urząd Miejski w Bielsku-Białej - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w ramach zadania „Nowoczesna baza Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku - Białej” oznaczenie sprawy: ZP.271.2.6.2018.KC.SP (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 1 sierpnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 031-069053.

W dniu 10 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawcę Mostostal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1046/19 (dalej „odwołujący” lub „Mostostal Warszawa”), który wniósł odwołanie, podnosząc niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechać) zamawiającego polegających na:

1.1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum spółek Alstal Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k (lider konsorcjum) i Alstal Development Sp. z o. o. (partner konsorcjum) - zwane dalej „Konsorcjum Alstal”, którego oferta podlega odrzuceniu, a wybrany wykonawca wykluczeniu, a tym samym - dokonanie wyboru oferty niezgodnie z ustawą Pzp oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp);

1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu niewłaściwej, preferencyjnej stawki 8% VAT w kosztorysie ofertowym branży sanitarnej Gazy_PR do robót ogólnobudowlanych dostosowujących do instalacji gazów medycznych, które nie stanowią montażu gazów medycznych i winna być wobec nich zastosowana podstawowa stawka podatku VAT (23%); zarzut dotyczy kosztorysu ofertowego branży sanitarnej GAZY_PR w pozycjach Id. 1, 8d. 1, 9d. 1, IOd. 1, lid. 1, 12d. 1 w Dziale nr 1 „Sieć zewnętrzna” w pozycjach 208d 10.2 i 209d 10.2 w Dziale 10.2 „Okablowanie przestrzeni międzystropowej”, co w konsekwencji spowodowało dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty nieporównywalnej względem ofert pozostałych wykonawców, a zatem z naruszeniem wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu;

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), w związku z niespełnieniem wymagań zamawiającego w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, w której wykonawca ten nie zapewnił wymaganej wielkości i grubości osłon (płyt ołowianych) bądź nie

zapewnił ich wcale, co stanowi efekt nieuwzględnienia w treści oferty Konsorcjum Alstal wyjaśnień treści SIWZ zamawiającego zamieszczonych w dniu 31 stycznia 2019 r. w odpowiedzi na pytania z dnia 28 i 29 stycznia 2019 r., a dotyczących wymaganych w przedmiarze wielkości osłon dodatkowych w odniesieniu do stolarki okiennej i drzwiowej, które powinny spełniać minimalne wartości grubości osłon w przeliczeniu na grubość ołowiu; zarzut dotyczy kosztorysu ofertowego branży ogólnobudowlanej w pozycjach: 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214, 218, w których wymagane płyty ołowiane nie występują lub są cieńsze niż wymagał zamawiający;

1.4. prowadzeniu niedopuszczalnych negocjacji z Konsorcjum Alstal, stanowiących naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w ich następstwie niesłuszne uznanie prawidłowości kosztorysu ofertowego branży ogólnobudowlanej w pozycjach: 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214, 218, co w konsekwencji stanowi naruszenie wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu;

1.5. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy (p. S.), którego doświadczenie nie spełnia wymogu określonego w Części V pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) SIWZ w zakresie doświadczenia na co najmniej jednej realizacji polegającej na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku (obiektu kubaturowego), o wartości nie mniejszej niż 21 mln zł brutto;

1.6. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z podaniem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przez tego wykonawcę informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd i mającej wpływ na potwierdzenie przezeń spełnienia warunku udziału w zakresie potencjału kadrowego (kierownika budowy), a przez to - na podjętą przez zamawiającego decyzję o wyborze oferty Konsorcjum Alstal jako najkorzystniejszej, z zastrzeżeniem braku możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie;

względnie alternatywnie (w przypadku nieuwzględnienia wyżej opisanych zarzutów) odwołujący podniósł:

1.7. zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem wyboru w okolicznościach, w których brak jest ofert porównywalnych, a zatem z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Alstal i uznania jej za najkorzystniejszą w postępowaniu, jako czynności dokonanej w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz w sposób naruszający zasady udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) i nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym: nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny; nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ;
2. wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wskazanego kierownika budowy oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z podaniem przez tego wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mających wpływ na jego decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, bez możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt podania informacji nieprawdziwej;

lub alternatywnie, w przypadku nieuznania słuszności zarzutów objętych żądaniem z pkt 1 - 2 powyżej, wniósł o:

3. nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku

z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w okolicznościach, w których brak jest ofert porównywalnych, a zatem dokonaniem go z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazywał, że zamawiający w dniu 29 maja 2019 r. rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Konsorcjum Alstal. Decyzja ta doprowadziła do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Doszło więc do wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy oraz naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów odwołujący wskazywał: Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny

W prowadzonym postępowaniu przetargowym przedmiot zamówienia obejmuje przebudowę i rozbudowę instalacji wewnętrznych oraz infrastruktury technicznej, w której skład wchodzi m. in. instalacje gazów medycznych. Niezależnie od prac polegających na wykonaniu instalacji gazów medycznych sensu stricto oraz prac montażowych służących prawidłowemu uruchomieniu i pracy tych instalacji, przewidziano też dostawę usług, które jakkolwiek objęte zostały kosztorysem branży sanitarnej w zakresie gazów, w istocie stanowią roboty o charakterze ogólnobudowlanym, niewiążące się z wykonaniem tych instalacji jako wyrobu medycznego ani jej montażu. Odwołujący podnosił, że w ofercie Konsorcjum Alstal w zakresie pozycji kosztorysu branży sanitarnej Gazy_PR (str. 71-76 oferty) do robót ogólnobudowlanych dostosowujących do instalacji gazów medycznych, a ujętych w pozycjach Id. 1, 8d. 1, 9d. 1, IOd. 1, lid. 1, 12d. 1 w Dziale nr 1 „Sieć zewnętrzna” oraz w pozycjach 208d 10.2 i 209d 10.2 w Dziale 10.2 „Okablowanie przestrzeni międzystropowej”, które nie stanowią montażu gazów medycznych, winna być zastosowana podstawowa stawka podatku VAT (23%). Zgodnie z postanowieniami Części XII pkt 2 lit. d) SIWZ, określona w ramach wynagrodzenia kosztorysowego cena oferty za realizację zamówienia winna obejmować „wszelkie obciążenia o charakterze publicznoprawnym związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności podatek od towarów i usług w wysokości wynikającej z właściwych przepisów. Stawkę podatku VAT należy przyjąć odpowiednio do zapisów ustawy o podatku VAT.” Należy więc zauważyć, że nie układ dokumentów przedmiaru i ujęcie w jednym kosztorysie branży sanitarnej określonych pozycji przez zamawiającego, decydować powinny o kwalifikacji poszczególnych elementów wykonania prac jako instalacji gazów medycznych będącej wyrobem medycznym. Wybór i zastosowanie właściwej stawki VAT w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysów nie mogą być bowiem w żadnej mierze zależne od woli inwestora, lecz leżą w całości w gestii wykonawców sporządzających je i winno to nastąpić zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r., poz. 710 z późn. zm.) - zwanej dalej „ustawą o VAT”. Odwołujący wskazywał, że na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 23%, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Jednym z wyjątków jest tu art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, który określa, że dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do tej ustawy stawka podatku wynosi 8%. W pozycji 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT wymienione zostały wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 2 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 211) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika, czyli inne niż towary związane z ochroną zdrowia wymienione w pozostałych pozycjach załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Kwalifikacja danego wyrobu do kategorii wyrobów medycznych dokonana być musi zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (definicja w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy). Powołany przepis definiuje co należy rozumieć przez wyrób medyczny, jednocześnie określa, że istotną rolę odgrywa sam wytwórca, ponieważ to on decyduje, co zgodnie z zastosowaniem danego wyrobu może nim w istocie być, czyli innymi słowy - co stanowi cały system instalacyjny do gazów medycznych, podlegający w dalszej kolejności, w celu wprowadzenia do użytkowania, właściwej procedurze zgodności i wydaniu stosownej deklaracji zgodności, a następnie certyfikacji znakiem CE. Powyższy proces badania zgodności i certyfikacji wynika z art. 11 ustawy o wyrobach medycznych, Dyrektywy Rady 93/42/EWG dotyczącej gazów medycznych oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. nr 215, poz. 1416 ze zm.). Jedynie taki produkt posiadający certyfikat i oznaczony system instalacji gazów medycznych, jako produkt stanowiący wyrób medyczny, może być objęty preferencyjną stawką podatku VAT - 8%. Odwołujący podkreślał, że sam wytwórca nie wykonuje robót ogólnobudowlanych ani nie poddaje ich procesowi dostosowywania pomieszczeń, modernizacji czy rozbudowy, bo nie na tym polega wytwarzanie systemu instalacji, polegającego na wykonaniu wyrobu medycznego,

ewentualnie związanych z nim bezpośrednio pracami montażowymi. Prace te nie są też poddawane wyżej wskazanemu badaniu pod względem wydawanej deklaracji zgodności i certyfikacji. Do takich prac zdecydowanie nie należą objęte wyżej wymienionymi pozycjami kosztorysu branży sanitarnej elementy robót ogólnobudowlanych w dziale „Sieć zewnętrzna” poz. 1d. 1 - wykopy liniowe o ścianach pionowych pod fundamenty, rurociagi, kolektory w gruntach suchych (...) z wydobyciem urobku łopatą lub wyciągiem ręcznym (...), poz. 8d. 1 - drenaż - podsypka filtracyjna z piasku w gotowym suchym wykopie z gotowego kruszywa, poz.

9d. 1 - układanie rur ochronnych z PCW (...) w wykopie, poz. 1Od. 1 - oznakowanie trasy gazociągu ułożonego w ziemi taśmą z tworzywa sztucznego, poz. 1d. 1 - zasypywanie wykopów liniowych o ścianach pionowych (...), 12d. 1 - przejścia przez ściany - WGC; w dziale „Okablowanie w przestrzeni międzystropowej” poz. 208d. 10.2 - przewody kabelkowe, poz. 209d. 10.2 - korytka kablowe systemu BAKS (...). Odwołujący podnosił, że taki sam pogląd wyrażony został w interpretacji indywidualnej Dyrektora Informacji Skarbowej z dnia 10 sierpnia 2017 r., znak: 0111 - KDIB3 - 1.4012.178.2017.2.JP, gdzie stwierdzono: „(...) wykonanie instalacji gazów medycznych - o ile produkt ten spełniać będzie warunki wymagane przepisami ustawy o wyrobach medycznych - korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy”. Odnosnie natomiast świadczenia pozostałych usług ogólnobudowlanych w zakładzie opieki zdrowotnej, zastosowanie będzie miała podstawowa stawka podatku w wysokości 23%, w myśl art 41 ust. 1 ustawy o VAT. Żaden bowiem przepis tej ustawy ani przepisy wykonawcze do niej nie przewidują obniżonej stawki VAT do wykonywania ww. prac w pomieszczeniach służby zdrowia. Podobnie stwierdził Dyrektor izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji indywidualnej z dnia 6 sierpnia 2015 r., znak: IBPP2/4512 - 441/15/WN: „(...) dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego - korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art 41 ust 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powiązaniu z art 146a pkt 2 ustawy. Natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo - budowlanych, jako świadczenie odrębne od dostawy wyrobu medycznego, podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla tego typu robót.” Odwołujący zauważył, że zamawiający pismem z 14 marca 2019 r. wezwał Mostostal Warszawa w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania, w odniesieniu do wymienionych pozycji kosztorysu branży sanitarnej, dwóch stawek podatku VAT. Odwołujący przedstawił stanowisko odpowiadające wyżej przytoczonej argumentacji powołując się na zacytowane tu interpretacje organów podatkowych. Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnień złożonych przez Mostostal Warszawa i nie dokonał odrzucenia jego oferty. Podnosił także, że mając na uwadze postanowienia Części XI pkt 2 lit. d) SIWZ, jednoznacznie nakazujące zastosowanie właściwych stawek ustawy o VAT przez wykonawców w ofertach, co wskazuje na brak możliwości akceptacji stanu, w którym w tym samym postępowaniu przetargowym występują oferty z różnie zastosowanymi stawkami podatku VAT, a zatem - względem siebie nieporównywalne i żadna z nich nie zostaje odrzucona, mamy w rzeczywistości do czynienia z sytuacją, w której dochodzi również do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Rzuca to także na brak transparentności reguł oceny wykonawców, jakich zamawiający jako profesjonalny organizator przetargu winien przestrzegać. W świetle powyższego zatem, zarzut w zakresie popełnienia błędu w obliczeniu ceny polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatkowej, zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu alternatywnego dotyczącego unieważnienia postępowania

Odwołujący, w przypadku ewentualnego nieuznania zarzutu w zakresie naruszenia art.

89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podniósł, iż zamawiający winien rozważyć unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem wyboru w okolicznościach, w których brak jest ofert porównywalnych, a zatem z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że stan, w którym wykonawcy stosują różne stawki podatkowe w odniesieniu do tej samej podstawy opodatkowania, nie posiadając w tym względzie żadnych indywidualnych decyzji w zakresie zwolnień lub ulg podatkowych, jest sytuacją obiektywnie niedopuszczalną, skutkującą niezachowaniem w postępowaniu podstawowych zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i transparentności postępowania. Ponadto, w kontekście zarzutu unieważnienia, na uwagę zasługuje także niezrozumiały dla odwołującego przyjęty przez zamawiającego wadliwy, niezgodny z przepisami sposób procedowania, w którym pomimo jednoznacznego brzmienia przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego mu zawiadomić wykonawców o wszystkich okolicznościach i decyzjach wymienionych w punktach 1-7 powołanego przepisu, zamawiający dokonuje ich w innych terminach, dokonując odrzucenia oferty jednego z wykonawców już 1 kwietnia 2019 r., a wyboru oferty najkorzystniejszej dopiero 29 maja 2019 r. Takie postępowanie zamawiającego, z uwagi na fakt niezachowania jednoczesności powyższych czynności, również stanowi nienadającą się do naprawienia wadę postępowania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy

Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp

Odwolujący podnosił, że oferta wybranego wykonawcy jako niezgodna z treścią SIWZ

a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z niespełnieniem wymagań zamawiającego w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, w której winna być zapewniona wymagana wielkość i grubość osłon (płyt ołowianych). Odwołujący wskazał, że zamawiający 31 stycznia 2019 r. w odpowiedzi na pytania z dnia 28 i 29 stycznia 2019 r. udzielił wyjaśnień do SIWZ (odpowiedź na pyt nr 6), stanowiących zmianę jej treści w zakresie wymaganych w przedmiarze wielkości i grubości osłon dodatkowych w odniesieniu do stolarki okiennej i drzwiowej, które powinny spełniać minimalne wartości grubości osłon w przeliczeniu na grubość ołowiu. Zamawiający dokonał rzeczowej korekty w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót budowlanych, wskazując wielkości równoważników w przeliczeniu na grubość Pb oraz wielkość w m² powierzchni ścian (przegród), które wymagają dodatkowej osłony. Zamawiający podał w tej odpowiedzi pozycje przedmiaru, w których należy dokonać wyceny stolarki okiennej i drzwiowej wymagającej dodatkowej osłony. Wyraźnie zastrzegł jednocześnie, że wykonawcy zobowiązani są bezwzględnie wprowadzić te korekty do sporządzanych kosztorysów ofertowych. Tymczasem, w złożonym przez Konsorcjum Alstal kosztorysie robót budowlanych, w pozycjach 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214, 218 zmian przedmiarów wynikających z udzielonych 31 stycznia 2019 r. wyjaśnień ewidentnie nie uwzględniono. W szczególności należy tu zauważyć, że w opisach poszczególnych pozycji kosztorysu robót budowlanych złożonego przez Konsorcjum Alstal oczekiwane płyty ołowiane albo nie występują (poz. 101, 117, 118, 213, 214) albo są kilkakrotnie cieńsze niż wymagane (poz. 102, 209, 212, 218). W przypadku poz. 201, 202 płyty są wręcz dziesięciokrotnie cieńsze niż żądane, bo zaoferowano osłony o grubości zaledwie 0,3 mm wobec oczekiwanych 3 mm. Analizując wnikliwie poszczególne pozycje kosztorysowe, nieuwzględnienie wyżej powołanych odpowiedzi zamawiającego, można dostrzec także w innych aspektach. Warto tu zwrócić uwagę na przykład, że: 1. Konsorcjum Alstal w przypadku korygowania kosztorysów zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami miał słuszny zwyczaj wprowadzać do opisu pozycji kosztorysowej dodatkową informację na ten temat - co widać wyraźnie w pozycjach 210 oraz 211, gdzie np. zamieścił opis „Korekta ilości jako odpowiedź na pytanie nr 2 dla pakietu pytań i odpowiedzi nr 52”. A contrario opis pozycji zmienianych odpowiedziami na zapytania wykonawców z dnia 28 i 29 stycznia 2019 r. w kosztorysie tego wykonawcy pozostał bez zmian oraz nie zawiera żadnych dodatkowych informacji o wprowadzonych korektach; 2. w kosztorysie Konsorcjum Alstal pozycje 101 oraz 200 są swoimi odpowiednikami i mają identyczne ceny pomimo, że zgodnie z odpowiedziami zamawiającego, cena pozycji 101 winna zawierać w sobie wycenę drzwi o równoważniku Pb = 1,0 mm, co w opisanych okolicznościach poprzez brak wyceny sugeruje niezaoferowanie wymaganego elementu; 3. zgodnie z odpowiedziami zamawiającego pozycje 201 oraz 203 są swoimi odpowiednikami i mają identyczne parametry, co wskazuje na fakt, że ceny tych pozycji winny być te same, tymczasem są one różne. W ocenie odwołującego zatem, w tych okolicznościach absolutnie nie można przyjąć, że Konsorcjum Alstal uwzględniło grubość oczekiwanych przez zamawiającego płyt Pb w cenie za każdą z pozycji opisującej stolarkę. Należy tu mieć na uwadze, że w zakresie opisu pozycji kosztorysowych przeczy temu wprost sam kosztorys oraz okoliczności opisane w punkcie pierwszym powyżej, natomiast w zakresie cen przeczą temu okoliczności faktyczne opisane w punktach drugim i trzecim. Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że z opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych przywołanych powyżej wynika, że Konsorcjum Alstal zaoferowało stolarkę o istotnie odmiennych parametrach niż wymagane przez zamawiającego. Tym samym, oferta złożona przez Konsorcjum Alstal nie odpowiada treści SIWZ, której immanentną część stanowią udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia jej treści. Za niedopuszczalne należy także w tej sytuacji uznać dokonywanie jakichkolwiek wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiących de facto niedozwolone negocjacje z wykonawcą, których skutkiem jest niedopuszczalna ingerencja ze strony zamawiającego polegająca na dokonaniu milczącego uznania wyjaśnienia wybranego wykonawcy w odniesieniu do wymienionych pozycji kosztorysu, które w sposób bezsporny nie zostały prawidłowo sporządzone. Prowadzenie z wykonawcą zakazanych negocjacji dotyczących złożonej oferty, budzi zdziwienie nie tylko w świetle samego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lecz tym bardziej w świetle jednoznacznie określonego w wyjaśnieniu z 31 stycznia 2019 r., wyeksponowanego tłustym drukiem, żądania ujęcia korekt przedmiarów w składanych przez wykonawców kosztorysach. Zamawiający dokonując „cichego sanowania” treści oferty Konsorcjum Alstal, choć formalnie nie zastosował trybu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w praktyce dopuścił się niedopuszczalnej ingerencji w treść oferty uznając, że sformułowane w niej błędne opisy pozycji kosztorysów, choć ewidentnie nieuwzględniające dokonanej 31 stycznia 2019 r. korekty przedmiarów, zostały na skutek udzielonych w dniu 18 marca 2019 r. wyjaśnień bezprawnie konwalidowane, choć w istocie zawarta w ofercie treść oświadczenia wykonawcy co do sposobu i zakresu świadczenia, nie uległa zmianie. Odwołujący podkreślił, że w przypadku tak istotnych zmian nie może zostać uznane za wystarczające wyjaśnienie Konsorcjum Alstal z 18 marca 2019 r. polegające jedynie na potwierdzeniu uwzględnienia przez wybranego wykonawcę w ofercie odpowiedzi na pytanie 6 z pisma zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego w dniu 31 stycznia 2019 r. i wskazanie w tym piśmie właściwych parametrów drzwi lub okien, uwzględniających skorygowane wielkości i grubości dodatkowych osłon w poszczególnych

pozycjach kosztorysu. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2017 r. (sygn. KIO 2082/17). Zwracał też uwagę, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie” co oznacza, że na etapie ewentualnej realizacji zamówienia przez wykonawcę będzie on zobowiązany do wykonania takich drzwi, jakie ma w ofercie, czyli w kosztorysie, a zatem z cienkimi płytami Pb lub bez nich.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt

12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku

udziału w postępowaniu w zakresie wykazanego kierownika budowy

Zgodnie z określonym w Części V pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) SIWZ wymogiem dotyczącym

kierownika budowy, zamawiający wymagał wykazania się osobą dysponującą uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie specjalności konstrukcyjno - budowlanej, posiadającą co najmniej 5 - letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jedną realizacją polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku (obiektu kubaturowego), o wartości nie mniejszej niż 21 mln zł brutto i posiadającą co najmniej osiemnastomiesięczne, udokumentowane doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu prac budowlanych przy zabytkach nieruchomych. Tak sformułowany warunek nie pozostawia żadnej dowolności interpretacyjnej. Nie powinno ulegać wątpliwości, że w ramach co najmniej 5 - letniego doświadczenia na obiektach kubaturowych w pełnieniu funkcji kierownika budowy, co najmniej jedna inwestycja winna polegać na budowie, rozbudowie lub modernizacji budynku, którego wartość jako obiektu kubaturowego winna być nie mniejsza niż 21 mln zł brutto. Wymóg co do wartości odnosić tu bowiem należy wyłącznie do wartości prac polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie konkretnego, pojedynczego budynku. Nie jest to zresztą niczym zaskakującym ani nadmiernym w stosunku do znacznej wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, że przedstawione w Wykazie osób, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie co najmniej jednej realizacji polegającej na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku (obiektu kubaturowego), o wartości nie mniejszej niż 21 mln zł brutto zadanie pn. „Budowa Zakładu Biologicznego Przetwarzania Odpadów Remondis w Bydgoszczy” z podaną tu wartością inwestycji w wysokości 28 mln zł brutto w istocie stanowi budowę instalacji biologicznego przetwarzania odpadów (...). W ramach podanej inwestycji jedynie jej nieznaczna część stanowiła budowa obiektów będących budynkami, przy czym żaden z nich oddzielnie nie spełnia określonego przez zamawiającego wymogu co do wartości budynku (obiektu kubaturowego) w kwocie co najmniej 21 mln zł brutto. Odwołujący wskazał, że jedynymi budynkami (obiektami kubaturowymi) są tu: budynek kompostowni tunelowej o wartości około 2,4 mln zł. oraz dyspozytornia o wartości ok. 250 tys. zł. Zgodnie z posiadanymi przez odwołującego informacjami pełna nazwa tej inwestycji to: „Budowa instalacji biologicznego przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji wraz z instalacjami podziemnymi wod.-kan., zbiornikami na wodę, zasilaniem energetycznym, instalacjami zewnętrznymi zalicznikowymi, drogami i placami, zasiekami magazynowymi, biofiltrem, budynkiem kompostowni, dyspozytorni i wiatą nad pryzmami na terenie Remondis Sp. z o.o. przy ul. Inwalidów 45 w Bydgoszczy”. Inwestycja ta, choć obejmowała wybudowanie budynków, to jednak żaden z nich samodzielnie (jak też wszystkie łącznie) nie spełniał wymogu w zakresie wyżej podanej wartości. Tym samym, w świetle powyższego, wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust 4 ustawy Pzp, choć w świetle posiadanych przez Mostostal Warszawa dowodów nie wydaje się to konieczne.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust.1 pkt 17

ustawy Pzp w związku z podaniem informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd

w zakresie wykazanego doświadczenia kierownika budowy

Odwołujący podnosił, że niezależnie od zarzutu w zakresie niespełnienia warunku

udziału w postępowaniu, mając na względzie fakt, iż podane w Wykazie osób informacje dotyczące doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy na wymienionej wyżej inwestycji wywołały u zamawiającego mylne przekonanie o potwierdzeniu przez tego wykonawcę spełnienia warunku w tym zakresie, zmuszony jest również podnieść zarzut naruszenia zaniechania wykluczenia Konsorcjum Alstal na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem w jego ocenie wątpliwości, że informacje dotyczące doświadczenia zawodowego Pana M.S. jako kierownika budowy na wyżej wymienionym zadaniu, dotyczyło doświadczenia na budowie instalacji biologicznego przetwarzania

odpadów, a nie budynku kubaturowego o wartości co najmniej 21 mln zł. brutto. Tym samym, umieszczając doświadczenie kierownika budowy na wymienionej budowie w tabeli wykazu na potwierdzenie warunku w zakresie budynku, który swą wartością nie odpowiadał wymaganiom zamawiającego oraz podając mylącą nazwę zadania (Budowa Zakładu Biologicznego Przetwarzania Odpadów) wykonawca ten doprowadził do podjęcia przez zamawiającego decyzji o uznaniu wykazanego doświadczenia kierownika budowy jako spełniającego warunek przez Konsorcjum Alstal i w konsekwencji - do niesłusznej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. W tym znaczeniu więc, działanie wykonawcy, który nawet w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, niezależnie od własnego zamiaru i świadomości, podał powyższe nieprawdziwe informacje, winno się spotkać z jednoznaczną reakcją zamawiającego polegającą na wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum Alstal jest częstym uczestnikiem postępowań przetargowych na rynku budowlanym, doskonale rozumiejącym realia obowiązujące w zamówieniach publicznych. Sposób przedstawienia informacji zawartych w sporządzonym przezeń Wykazie, w istocie pozwalałby tu na twierdzenie, iż mamy do czynienia z działaniem zamierzonym, w wyniku którego doszło do potwierdzenia spełnienia warunku, co w konsekwencji mogłoby skutkować nie tylko wykluczeniem w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, lecz nawet na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W konkluzji odwołujący wskazał także, że całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych prowadzi do wniosku, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej

powołanych przepisów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, względnie wykluczenia go z postępowania, bezspornie doszło do wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, bo niezgodnego z przepisami ustawy oraz bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co stanowiło ewidentne naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

2. wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A. z siedzibą w Gliwicach w sprawie o sygn. akt KIO 1065/19 (dalej „odwołujący” lub „Mostostal Zabrze”); odwołujący podniósł niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na:

2.1. wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Alstal oraz zaniechaniu badania i oceny oferty tego wykonawcy, a w konsekwencji zaniechaniu wyjaśnienia treści dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zaniechaniu wezwania do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal;

2.2. zaniechaniu badania i oceny oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy mimo, że jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Składając odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Konsorcjum Alstal do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne;

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Konsorcjum Alstal do złożenia wyjaśnień i ewentualnie prawidłowych dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia);

3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności wyjaśnienia treści oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal w sytuacji, gdy oferta - kosztorys (na podstawie przedmiaru będącego częścią opisu przedmiotu zamówienia) zawierała zaofferowany inny przedmiot zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego w SIWZ;

4. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie, który powoduje istotną zmianę w treści oferty wykonawcy - Konsorcjum (poz. 8.44 w kosztorysie „BCOPredmiar”);

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal mimo, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia;

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa mimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Alstal jako najkorzystniejszej.

Odwolujący, wskazując powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Alstal;
2. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Alstal oraz Mostostal Warszawa;
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ

Uzasadniając powyższe odwołujący:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Konsorcjum Alstal do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne

Odwolujący wskazywał, że stosownie do treści SIWZ - Część VI pkt II pkt 2. lit. c) celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z niniejszego postępowania wykonawca winien przedstawić zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że każdy z członków Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Na wezwanie zamawiającego wykonawca Konsorcjum Alstal przedstawił: cztery zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez ZUS Oddział w Bydgoszczy Inspektorat w Inowrocławiu dla spółki Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo (komplementariusz w spółce Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo) odpowiednio z dat: dwa z dnia 15 lutego 2019 r. i dwa z dnia 20 listopada 2018 r. oraz dwa zaświadczenia wydane przez ZUS Oddział w Bydgoszczy Inspektorat w Inowrocławiu dla spółki Alstal Development Sp. z o.o. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo z informacją, że spółka ta nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS odpowiednio z dnia 19 grudnia 2018 r. i z dnia 12 marca 2019 r. Wykonawca - Konsorcjum Alstal nie przedstawiło zaświadczenia dla Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo potwierdzającego, że Lider Konsorcjum nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Tymczasem obowiązkiem podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienia jest wykazanie braku podstaw do wykluczenia w stosunku do każdego z członków Konsorcjum. Konsorcjum Alstal nie sprostало temu obowiązkowi. Zamawiający natomiast w toku badania i oceny ofert zaniechał wezwania tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) do uzupełnienia dokumentu mającego potwierdzić brak podstaw do wykluczenia (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Konsorcjum Alstal do złożenia wyjaśnień i ewentualnie prawidłowych dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia

Odwolujący przywoływał zapisy SIWZ, w których zamawiający wskazywał jakie warunki

winien spełniać wykonawca w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz jakie dokumenty należy złożyć celem potwierdzenia spełnienia tych warunków. Podnosił, że na potwierdzenie spełnienia warunku w powyższym zakresie Konsorcjum Alstal przedłożyło wypełniony Załącznik nr 10 Wykaz robót wskazując w nim trzy zadania chociaż, w jego ocenie, wystarczyłoby mając na uwadze wymagane wartości robót budowlanych, przedstawienie tylko pierwszej roboty budowlanej lub tylko drugiej i trzeciej razem. W tabeli Wykaz robót Konsorcjum Alstal złożyło oświadczenia co do każdej z wykonanych robót budowlanych, że zawierała wszystkie rodzaje robót wymagane w SIWZ, przepisując w całości część SIWZ w tym zakresie. Przedstawione przez Konsorcjum Alstal dokumenty nie potwierdzają jednak takiego stanu faktycznego.

W zakresie zadania wymienionego w pkt 1 Wykazu robót Konsorcjum Alstal przedłożyło „Protokół końcowego odbioru zadania inwestycyjnego Nr 11232 Budowa Wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania 3 RBLog Kutno z dnia 30 października 2015 r.”. Nie wynika z niego aby robota ta obejmowała: roboty wykończeniowe, wentylację mechaniczną i klimatyzację, w ramach robót drogowych - drogi, parkingi i chodniki oraz zagospodarowanie i ukształtowanie terenu - w tym wykonanie zieleni

1 obiektów małej architektury. Z treści protokołu wynika, że zawierał on załączniki, jednak żaden z tych załączników nie został przedstawiony przez wykonawcę Konsorcjum Alstal.

Z kolei na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych wskazanych w pkt

2 Wykazu robót Konsorcjum Alstal przedłożyło List referencyjny 3997/15 z dnia 07 grudnia 2015 r. Z dokumentu tego nie wynika, aby wskazana robota budowlana obejmowała swym zakresem wykonanie w ramach realizacji instalacji sanitarnych - wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Potwierdzeniem należytego wykonania robót budowlanych opisanych w pkt 3 Wykazu robót było Poświadczenie wykonanych robót budowlanych z dnia 14 września 2018 r. Z dokumentu tego nie wynika, aby zakres wykonanych prac obejmował w ramach realizacji robót drogowych - chodniki oraz w zakresie realizacji instalacji sanitarnych - wentylacji mechanicznej. Wprawdzie zawiera informację o wykonaniu wentylacji i klimatyzacji, jednak nie wiadomo jaki rodzaj wentylacji został tam wykonany (wentylacja grawitacyjna czy wentylacja mechaniczna). Z treści tej referencji wynika także bezspornie, że zadanie to zrealizowało konsorcjum dwóch firm: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo oraz AGB Budownictwo sp. z o.o. sp. k. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo. Skład tego konsorcjum był inny niż skład wykonawcy - Konsorcjum Alstal w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że w świetle orzeczenia TSUE (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C- 131/14 Esaprojekt) oraz zapadłych na jego karwie wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, nie powinno budzić wątpliwości, że powoływanie się członka konsorcjum na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum w wyniku uprzedniej realizacji zamówienia jest możliwe i weryfikowane wyłącznie przez pryzmat faktycznego udziału (realizacji) zamówienia w ramach tego konsorcjum. Z przedłożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego dokumentów (Wykaz robót oraz Poświadczenie wykonanych robót budowlanych) nie wynika, jaki zakres prac w ramach konsorcjum, i na jaką kwotę, został zrealizowany faktycznie przez firmę ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. . Wskazana w Wykazie robót wartość 24.532.604,35 zł. dotyczy bowiem wartości całego zadania, co wynika wprost ze strony drugiej Poświadczenia wykonanych robót budowlanych z dnia 14 września 2018 r.

Wobec powyższego nie sposób przyjąć, by Konsorcjum Alstal wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W świetle zaprezentowanego stanu faktycznego zamawiający powinien co najmniej wszcząć procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać tego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień (chyba, że mimo udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania) co do faktycznie zrealizowanego przez ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. zakresu oraz wartości prac w ramach inwestycji wykonanej dla Poznańskich Inwestycji Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy pl. Wiosny Ludów 2.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez zastosowanie czynności wyjaśnienia treści oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal w sytuacji, gdy oferta - kosztorys (na podstawie przedmiaru będącego częścią opisu przedmiotu zamówienia) zawierała zaoferowany inny przedmiot zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego w SIWZ oraz w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal mimo, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 31 stycznia 2019 r. zamawiający,

odpowiadając na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ otrzymane w dniach 28 i 29 stycznia 2019 r., dokonał korekty w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót budowlanych

- w celu jednoznacznego określenia wymaganych w przedmiarze wielkości osłon dodatkowych
- wskazując minimalne wartości grubości osłon w przeliczeniu na grubość ołowiu (12 uwag

dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej). Powyższa zmiana bez wątpienia stanowiła zmianę treści SIWZ w części przedmiarów, stanowiących opis przedmiotu zamówienia (SIWZ - Część III - Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 2 przedmiary robót). W związku z koniecznością wprowadzenia przez wykonawców zmian

w ofertach - zmian w kosztorysach, zamawiający przedłużył termin składania ofert o czas umożliwiający ich wprowadzenie, co jednoznacznie wskazuje na fakt, iż zmiana w SIWZ ma charakter istotny.

Oferta wykonawcy - Konsorcjum Alstal zawiera kosztorys ofertowy, który nie uwzględnia zmian SIWZ. Pozycje 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214 i 218 w kosztorysie robót budowlanych zostały zaoferowane przez wykonawcę - Konsorcjum Alstal jako roboty o pierwotnych parametrach. Powyższe oznacza, że oferta Konsorcjum Alstal nie obejmuje przedmiotu zamówienia zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego opisanego w SIWZ. Po otwarciu ofert nie ma możliwości dokonania przez wykonawcę zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, nie może ulec zmianie. Zastosowanie przez zamawiającego (pismo z dnia 14 marca 2019 r.) trybu wyjaśnień treści oferty z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp co do wymienionych wyżej pozycji w istocie doprowadziło do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co w świetle przepisów ustawy jest niedopuszczalne. Wyjątek od tej zasady ustawa Pzp przewiduje w art. 87 ust. 2 w postaci możliwości poprawienia przez zamawiającego omyłek tam określonych. Opisany przypadek nie mieści się jednak w ustawowych przesłankach do poprawy omyłek, o których mowa w tym przepisie.

Treść kosztorysu ofertowego, jaki Konsorcjum Alstal złożyło wraz ze swoją ofertą, wskazuje jednoznacznie, że nie uwzględniło ono skorygowanych wymogów radiologicznych, wprowadzonych przez zamawiającego do SIWZ poprzez udzielone w dniu 31 stycznia 2019 r. odpowiedzi na pytania. Potwierdza to zarówno opis przedmiotowych pozycji kosztorysowych, jak i poziom cen jednostkowych zaoferowany w tych pozycjach. W szczególności, dla pozycji 212, 213, 214, dla których wprowadzona przez zamawiającego zmiana wymogów była najbardziej znacząca, ceny jednostkowe w ofercie wykonawcy Konsorcjum Alstal są ponad trzykrotnie niższe od średniej odpowiadających cen z pozostałych ofert. Jednocześnie porównanie cen jednostkowych pozycji przedmiotowych z analogicznymi, ale dla drzwi bez wymogów radiologicznych, ewidentnie wskazuje na fakt, że Konsorcjum Alstal tych skorygowanych wymogów radiologicznych w swojej wycenie nie uwzględniło. Przykładem może być powiązanie ceny pozycji 101 z pozycją 100 (taka sama cena jednostkowa 1.364,98 PLN/szt.). Można także dostrzec w ofercie Konsorcjum Alstal, że we wszystkich pozycjach kosztorysowych, w których wskazano, że dotyczą drzwi o nawet najmniejszym równoważniku Pb, cena jednostkowa przekracza 4 tys. PLN/szt., co niewątpliwie jest potwierdzeniem tezy, że w pozycjach 213 i 214 z ceną jednostkową 1.937,00 PLN/szt. wymaganej osłony radiologicznej nie wyceniono. Jeżeli - wskutek nieuwzględnienia wymogów radiologicznych, wprowadzonych przez zamawiającego do SIWZ Konsorcjum Alstal złożyło ofertę niezgodną z SIWZ, oferując zakres niezgodny z przedmiotem zamówienia, to żadne wyjaśnienia wykonawcy w trybie wezwania zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą doprowadzić do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia (oferowane parametry). Nie można bowiem wyjaśnić, że „1 mm Pb = 6 mm Pb”, „0,2 mm Pb = 2 mm Pb”, „0,15 mm Pb - 1 mm Pb” itd. Zamawiający zatem naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który w tej sytuacji nie miał zastosowania, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Do odwołania Mostostal Zabrze załączył tabelę zestawionych błędnych pozycji z kosztorysu Konsorcjum Alstal.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie, który powoduje istotną zmianę w treści oferty wykonawcy - Konsorcjum (poz. 8,44 w kosztorysie „BCOPzedmiar”) oraz w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal mimo, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia

Pismem z 14 marca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawcę - Konsorcjum Alstal, że działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia cały szereg wymienionych

w piśmie omyłek w kosztorysach tego wykonawcy twierdząc, że poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Pośród wymienionych pozycji kosztorysowych znalazła się m.in. poz. 8.44 (str. 0146 oferty) w kosztorysie „BCO/Przedmiar”. Zamawiający, poprawiając wyżej opisaną pozycję dopisał w ofercie wykonawcy - Konsorcjum Alstal - w kolumnie „Opis” na końcu opisu pozycji „analogia - siłownik”. Tego rodzaju zmiana opisu pozycji nie może być dokonana w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp bowiem jest to istotna zmiana treści oferty. Przedmiar, będący opisem przedmiotu zamówienia (SIWZ - Część III Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 2) - przedmiary robót) zawierał opis tej pozycji: „Montaż elektromechanicznych elementów blokujących, zamek elektryczny sterowany silnikiem - analogia - siłownik”. Wykonawca - Konsorcjum Alstal w poz. 8.44 kosztorysu AL 1 0304-05 „Montaż elektromechanicznych elementów blokujących, zamek elektryczny sterowany silnikiem” wskazał i wycenił zatem inny przedmiot zamówienia niż wymagany w opisie. Skoro bowiem podstawa wyceny wskazana przez zamawiającego w przedmiarze AL 1 0304-05

w tej pozycji - wskazuje na elektrozaczep, a dopisek zamawiającego w SIWZ w przedmiarze robót brzmiał „analogia - siłownik”, to ten dopisek zmienia faktycznie przedmiot zamówienia na oczekiwany przez zamawiającego - czyli na siłownik. Tego rodzaju zmiana pociąga za sobą istotną zmianę w opisie przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie w treści oferty.

Tym samym opis pozycji w ofercie wykonawcy - Konsorcjum Alstal dotyczy zaoferowania innego elementu niż wymagany w SIWZ: W tej sytuacji nie może być mowy o możliwości poprawienia treści opisu pozycji przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że brak prawidłowego opisu w pozycji ma wpływ na cenę - siłownik jest ok. 10 razy droższy od elektrozaczepu. Zatem wycena pozycji różni się znacznie w przypadku obu tych elementów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszym postępowaniu zamawiający określił, że cena oferty będzie stanowić wynagrodzenie kosztorysowe (Część XI pkt 1 SIWZ). Zatem każdy zaoferowany element - każda pozycja kosztorysu winna być zgodna tak co do opisu jak i wyceny z SIWZ, bowiem ma bezpośredni wpływ na wynagrodzenie. Po otwarciu ofert nie ma możliwości dokonania przez wykonawcę zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zastosowanie przez zamawiającego trybu poprawy treści oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp co do wymienionej wyżej pozycji, w istocie doprowadziło do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co w świetle przepisów ustawy jest niedopuszczalne. Wprawdzie wyjątek od tej zasady ustawa przewiduje w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w postaci możliwości poprawienia przez zamawiającego omyłek tam określonych, opisywany przypadek nie mieści się jednak w ustawowych przesłankach do poprawy omyłek, o których mowa w tym przepisie.

Zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez

nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa

mimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Przywoływał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz uchwałę z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11. Odnosząc zawarte w nich tezy do okoliczności niniejszej sprawy podkreślał, że zamawiający nie narzucił w SIWZ ani w załącznikach do niej konkretnej stawki podatku VAT. Ponadto, na zadane pytanie nr 81 (pismo z 17 października 2018 r.): „Zgodnie z obowiązującym prawem instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym. W związku z istniejącymi indywidualnymi interpretacjami podatkowymi należy je opodatkować 8% stawką VAT. W związku z powyższym prosimy o zmianę formularza oferty jak i umowy w tym zakresie, tak aby wyszczególnić koszt i stawkę VAT” zamawiający odpowiedział: „Stawki podatku VAT należy przyjąć odpowiednio do zapisów ustawy o podatku VAT. Wykonawca ma obowiązek w kosztorysach oznaczyć odpowiednie stawki VAT przy różnych rodzajach robót (branżach), a w formularzu Oferta zastosowanie stawki VAT należy wymienić po przecinku. Jednocześnie zamawiający modyfikuje formularz Oferta (Załącznik nr 2 do SIWZ) i zapisy SIWZ w powyższym zakresie w odrębnym piśmie. Zamawiający nie dokonuje zmiany wzoru umowy w powyższym zakresie i nie wyszczególnia poszczególnych kosztów i stawek VAT.” Formularz ofertowy w pkt 1 Cena ofertowa brutto zawiera zapis „zastosowane stawki VAT proszę wymienić po przecinku”. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że w świetle SIWZ ustalenie i zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT było obowiązkiem wykonawców.

Mostostal Warszawa, wraz z Formularzem ofertowym przedłożył komplet kosztorysów, w tym „Kosztorys 008 GAZY PR” (str. 100 oferty). W przedmiotowym kosztorysie Mostostal Warszawa, dla wykonania instalacji gazów medycznych wskazał dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%, podczas gdy wszystkie czynności związane z instalacją gazów medycznych podlegają opodatkowaniu VAT w wysokości 8%. Odwołujący podkreślał, że w trakcie

przygotowania i wyceny własnej oferty zapoznał się szczegółowo z Formularzem Cenowym i zakresami rzeczowymi prac określonymi w poszczególnych pozycjach. Po dokonaniu analizy podanych w zakresach rzeczowych „Kosztorys 008 GAZY PR” stwierdził, że przyjęcie w ofercie wykonawcy Mostostal Warszawa stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23% było nieuprawnione, nie są bowiem - w odniesieniu do któregośkolwiek z zakresów - spełnione warunki zastosowania stawki 23%. Powyższe okoliczności przesądza o tym, że zastosowanie przez tego wykonawcę dwóch stawek podatku VAT w wysokości 8% i 23% w odniesieniu do wykonania zakresów rzeczowych zawartych w „Kosztorysie 008 GAZY PR” jest nieprawidłowa. Tym samym oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny i winna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Odwolujący zwracał uwagę, że dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem zamawiającego,

co wprost wynika z ww. uchwał Sądu Najwyższego. Obowiązek zamawiającego jak i konsekwencje zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie nie budzą żadnych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu przywoływał wyroki wydane przez KIO: wyrok z dnia 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11; wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 639/12; wyrok z dnia 10 kwietnia 2012 r. sygn. akt: KIO 588/12. W tym postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców. Tylko dwóch z nich zaoferowało wykonanie instalacji gazów medycznych zawartych w „Kosztorysie 008 GAZY PR” z zastosowaniem dwóch różnych stawek VAT - 8% i 23%, były to oferty wykonawcy Mostostal Warszawa i wykonawcy Budimex S.A. Oferta wykonawcy Budimex S.A. została odrzucona, bowiem wykonawca ten na wezwanie zamawiającego nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zamawiający wprawdzie wezwał obu tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w opisywanym zakresie, nie przeprowadził natomiast analizy oceny prawidłowości zastosowanej stawki VAT. W przypadku gdyby taką analizę przeprowadził doszedłby bowiem do wniosku, że oferta wykonawcy Mostostal Warszawa zawiera błędną stawkę podatku VAT, a zatem zawiera błąd w obliczeniu ceny, co skutkować winno odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 10 czerwca 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1046/ 19, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 13 czerwca 2019 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Jacewie i Alstal Development Sp. z o. o. z siedzibą w Jacewie, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 11 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1065/ 19, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: w dniu 12 czerwca 2019 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, w dniu 13 czerwca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Jacewie i Alstal Development Sp. z o. o. z siedzibą w Jacewie.

Przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 24 czerwca 2019 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł, w formie pisemnej, odpowiedź na odwołanie w połączonych sprawach KIO 1046/19, 1065/ 19, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako bezzasadnych oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Odpowiadając na zarzuty podnoszone w treści złożonego odwołania odniósł się do poszczególnych zarzutów formułowanych przez wykonawców. Prezentując swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Mostostal Warszawa (sygn. akt KIO 1046/19) wskazał:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny zamawiający wskazał, że wykonanie instalacji gazów medycznych uznanych za wyrób medyczny korzysta z preferencyjnej stawki 8% zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług na podstawie art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do cytowanej ustawy. Co prawda przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, nie regulują kwestii dotyczącej czynności złożonych, to jednak takie wnioski płyną między innymi z interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 6 października 2017 r. (0115-KDIT-1.4012.185.2017-4.RH), interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 6 sierpnia 2015 r. (IBPP2/45 12-44 1/1 5/VN) czy też interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 12 września 2017 r. (0112-KDIL-1-3-4012.272.2017.2.KB).

Ocena zamawiającego w tym zakresie jest zbieżna z oceną kosztorysantów przygotowujących na zlecenie zamawiającego kosztorysy inwestorskie na potrzeby sporządzenia dokumentacji SIWZ. Zdaniem zamawiającego dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych, spełniająca warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego -

korzysta z preferencyjnej stawki podatku tj. 8%.

Wskazał ponadto, że nawet gdyby odwołujący zastosował dla w/w części zamówienia stawkę VAT 8% to jego oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ oraz naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że nie doszło w niniejszym przypadku do zmiany w opisie pozycji, o których mowa w przedmiotowym zarzucie. Zamawiający nie wymagał dokonania zmian w opisie pozycji kosztorysowych, co potwierdza analiza treści pisma stanowiącego odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 31 stycznia 2019 r. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał, w pierwszej części odpowiedzi na pytanie nr 6, w jakim zakresie wykonawcy mają poprawić przedmiary robót (co zostało uwzględnione przez Konsorcjum Alstal). Natomiast w drugiej części odpowiedzi zamawiający wymienił „uwagi w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, które należy uwzględnić przy kalkulacji wymienionych pozycji”, nie wskazując jednoznacznie, że opisy tych pozycji mają zostać zmienione. Dwie formy, jakie zamawiający zastosował udzielając odpowiedzi na ww. pytanie doprowadziły do sytuacji, że część wykonawców zmieniła kosztorysy w zakresie pierwszej części odpowiedzi, nie robiąc tego w zakresie drugiej części odpowiedzi. Zamawiający uznał zatem, że wykonawcy, którzy dokonali zmiany wskazanej w pierwszej części odpowiedzi, mieli pełną wiedzę i świadomość również wymogów zawartych w drugiej części odpowiedzi, ponieważ zapoznali się z ww. odpowiedziami. Nie dokonali natomiast korekty w zakresie zmiany opisu przedmiaru, ponieważ zamawiający zabronił wykonawcom samodzielnego ingerowania w przedmiary, dodawania i usuwania pozycji za wyjątkiem zmian podstawy katalogowej w podanych przez zamawiającego pozycjach przedmiarowych (m.in. w odpowiedzi na pytanie 3 w piśmie z dnia 28 sierpnia 2018 r., „Odpowiedź na zapytania wykonawców z dnia 3 sierpnia 2018 r. i 6 sierpnia 2018 r.”, w odpowiedzi na pytanie 34 w piśmie z dnia 17 października 2018 r. - „Odpowiedź na zapytania wykonawców z dnia częściowo 22 sierpnia 2018 r., 23 sierpnia 2018 r., 31 sierpnia 2018 r., 18 września 2018 r., 4 października 2018 r.” czy też w odpowiedzi na pytanie 175 i 392 w piśmie z dnia 6 listopada 2018 r. - „Odpowiedź na zapytania wykonawców z dni częściowo 20, 22, 23, 27, 29, 30, 31 sierpnia 2018 r. oraz z dni 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26 września 2018 r. a także z dni 18 oraz 24 października 2018 r.”). Tym samym zamawiający oceniając złożone oferty musiał zachować się racjonalnie i równo traktować wszystkich wykonawców, w związku z powyższym podjął decyzję o wyjaśnieniu treści pozycji wskazanych w ww. zarzucie ponieważ domniemywał, że jeżeli zostały uwzględnione zmiany kosztorysu w zakresie pierwszej części odpowiedzi, to wykonawcy również musieli mieć świadomość uwag, jakie zamawiający przedstawił w drugiej części tejże odpowiedzi. Podkreślić należy, że większość wykonawców zachowała się tak samo, czyli nie zmieniła opisu wskazanych w zarzucie pozycji kosztorysowych, ale uwzględnili wprowadzoną modyfikację, dlatego zamawiający zastosował instytucję wyjaśniania opisów poszczególnych pozycji w celu jednoznacznego potwierdzenia, że wykonawcy ci wycenili rzeczony pozycje kosztorysowe zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, stosując w tym zakresie ogólnie narzuconą przez zamawiającego zasadę zakazu wprowadzania zmiany opisu rzeczonych pozycji kosztorysowych. W tym stanie faktycznym nie może się zatem ostać zarzut prowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcami w sytuacji, gdy intencją zamawiającego było jedynie niedopuszczenie do powstania jakichkolwiek wątpliwości w zakresie związanym z oceną uwzględnienia (bądź jego braku) wyjaśnień zamawiającego przy wycenie kwestionowanych pozycji. Zamawiający zastosował tą samą procedurę w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy również nie zmienili opisu pozycji kosztorysowych opisanych w zarzucie. Należy więc wyraźnie podkreślić, iż w ramach złożonych wyjaśnień nie dokonano żadnych modyfikacji ofert, a jedynie poprzez zastosowanie instytucji wyjaśnienia, zamawiający uzyskał potwierdzenie (rozwiązanie ewentualne wątpliwości), iż oferty uwzględniają zmiany zastrzeżone w piśmie z dnia 31 stycznia 2019 r. Podobnych wyjaśnień (dotyczących innej części kosztorysu) udzielał również inni wykonawcy, m.in. Budimex S.A., P.B. INBUD BIELSKO Sp. z o.o. sp.k. oraz BPBP S.A.

Natomiast jeżeli chodzi o ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, to zależą one wyłącznie od wykonawcy, który samodzielnie je określa i zamawiający nie może sugerować się tym, że wykonawca wycenił różne pozycje w tej samej cenie. W związku z powyższym również ten zarzut należało, w ocenie zamawiającego, uznać za bezpodstawny.

Odpowiadając na zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanego kierownika budowy oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z podaniem informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd w zakresie wykazanego doświadczenia kierownika budowy argumentował, że Konsorcjum Alstal w dokumencie oznaczonym jako „Wykaz osób” wskazało, że Pan M.S., który ma pełnić funkcję kierownika budowy spełnił warunek określony przez zamawiającego w zakresie wykazania się co najmniej jedną realizacją polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku (obiektu kubaturowego), o wartości nie mniejszej niż 21 mln zł brutto, poprzez wskazanie realizacji zadania pn. „Budowa Zakładu Biologicznego Przetwarzania

Odpadów REMONDIS w Bydgoszczy o wartości 28 mln zł. brutto. Podnosił przy tym, że informacje podane w „Wykazie osób” są oświadczeniem wiedzy wykonawcy, zatem zamawiający uznał je za prawdziwe przyjmując w tym przypadku, że wskazana przez wykonawcę inwestycja i jej wartość potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, określając ten warunek, rozszerzył jego zakres poprzez dodanie opisu wskazującego, że realizacja, którą ma się wykonać osoba mająca pełnić funkcję kierownika budowy, może dotyczyć wszelkich „obiektów kubaturowych”, a tym samym wyłączył z niego wyłącznie „obiekty liniowe”. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, budynkiem jest „obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach”. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 14 lutego 2014 r., II SA/Kr 1527/13 „obiektem kubaturowym są wszelkie budynki i inne obiekty budowlane, którym można przypisać parametr objętości. Zamawiający chcąc, aby warunek był bardziej konkurencyjny, rozszerzył jego zakres w powyższy właśnie sposób, odwołując się do definicji „obektu kubaturowego”, będącej możliwie najszerszym prawnie funkcjonującym pojęciem definiującym potoczne rozumienie budynku. Odnosząc się natomiast do przedmiotowego zarzutu, to odwołujący mylnie zinterpretował warunek, ponieważ wymóg co do wartości nie odnosił się wyłącznie do wartości prac polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie konkretnego, pojedynczego budynku, lecz również do obiektu kubaturowego, którego definicja jest znacznie szersza niż budynku. Zgodnie z art. 2 pkt 5d ustawy Pzp przez obiekt budowlany - należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Ponadto podkreślał, że zaprezentowana przez odwołującego wykładnia przedmiotowego warunku co do rzekomej wartości prac polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie wyłącznie konkretnego, pojedynczego budynku stoi w sprzeczności z normą art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zgodnie z którą zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Odpowiadając na zarzuty podniesione w odwołaniu, sformułowane przez Mostostal Zabrze (sygn. akt KIO 1065/19).

Odnosząc zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum Alstal do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a to zaświadczenia właściwej jednostki Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne stwierdził, że zarzut ten jest nieuzasadniony. Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy do przedłożenia wskazanego w zarzucie dokumentu, gdyż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Lider Konsorcjum: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. Partner Konsorcjum: Alstal Development Sp. z o. o. złożyli prawidłowo wszystkie dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, w tym zaświadczenie z ZUS, o którym mowa w zarzucie. W przedmiotowym zaświadczeniu o niezaleganiu w opłaceniu składek z dnia 20 listopada 2018 r. i 19 lutego 2019 r. została podana niepełna nazwa Lidera Konsorcjum, natomiast NIP (5562684532) oraz REGON (340563903) jednoznacznie wskazują, że zaświadczenia te dotyczą Lidera Konsorcjum: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. W związku z powyższym zarzut jest bezpodstawny.

W zakresie dotyczącym zaniechania wezwania Konsorcjum Alstal do złożenia wyjaśnień i ewentualnie prawidłowych dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia) stwierdził, że wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia warunku z Części V punkt 2.3 ppkt 1 SIWZ złożył Wykaz robót oraz dowody określające, że roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności zawierające informację, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Wykonawca w Wykazie robót wskazał trzy zadania, natomiast już pierwsze z nich, tj. „Budowa wielkopowierzchniowego magazynu wysokiego składowania w Kutnie” — wartość 100.163.314,17 zł. brutto, spełniała warunki opisane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Wykaz robót jest oświadczeniem wiedzy wykonawcy, z którego powinno wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, natomiast załączone do niego dowody mają potwierdzać tylko i wyłącznie, czy roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności zawierać informację, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Tak też w ocenie zamawiającego jest w niniejszym przypadku. Dowody zatem nie muszą opisywać szczegółowo wszystkich robót wykonywanych w ramach danego zadania, gdyż zakres robót wykonanych w ramach realizowanych zadań został przez wykonawcę przedstawiony w oświadczeniu, którego treść, w ocenie zamawiającego nie budzi żadnych wątpliwości. Treści

samemu oświadczenia nie kwestionuje również wnoszący odwołanie.

Celem wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jest uzyskanie dodatkowych informacji w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści tych oświadczeń lub dokumentów. W rozpatrywanym przypadku złożone przez Konsorcjum Alstal oświadczenia i dokumenty są zgodne z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ i nie było podstaw do zastosowania w tym zakresie instytucji składania wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu, że przedstawiona w wykazie w pozycji nr 3 realizacja inwestycji dla Poznańskich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. (zadanie pn. Budowa zespołu szkolno - przedszkolnego w rejonie Naramowic, Umultowa, Moraska i Radojewa w Poznaniu) była wykonywana przez konsorcjum dwóch firm Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. i AGB Budownictwo sp. z o.o., a z przedłożonych przez Konsorcjum Alstal dokumentów nie wynika jaki zakres prac w ramach rzeczowego konsorcjum wykonywał Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. wskazał, że przedstawiona przez Konsorcjum Alstal realizacja wymieniona w punkcie 1 wystarcza do potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego, a zatem nie było konieczne wzywanie Konsorcjum Alstal do przedstawienia wyjaśnień odnośnie faktycznie zrealizowanej części zadania przez Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w ramach przedmiotowej inwestycji. W związku z powyższym niniejszy zarzut w ocenie zamawiającego jest bezpodstawny.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii dotyczącej naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum Alstal w sytuacji, gdy oferta - kosztorys zawierała zaoferowany inny przedmiot zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego w SIWZ oraz naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal mimo, iż jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia wskazywał argumenty jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1046/19.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykonania czynności poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie, który powoduje istotną zmianę w treści oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal (poz. 8.44 w kosztorysie „BCO Przedmiar”, str. 0146 oferty Konsorcjum) w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że we wskazanym przez odwołującego kosztorysie „BCO Przedmiar” nie istnieje poz. 8.44 ani też str. 0146. Natomiast zamawiający faktycznie skorzystał z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonał poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w poz. 8.44 w kosztorysie „Bielsko-Biała Instalacje teletechniczne PR” na str. 0146 oferty Konsorcjum Alstal, gdyż w sposób nie budzący wątpliwości wynika z ww. kosztorysu, że tabelka w rzeczowej pozycji „nie rozszerzyła” się podczas wpisywania jej opisu i została „obcięta” końcówką zdania. Podobna sytuacja miała miejsce z kolejnymi pozycjami nr 8.45 i 8.46, gdzie tabela pomimo tego, że została „rozszerzona” to jednak program komputerowy tego nie uwidaczniał. W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o rzeczowej poprawce. Zwrócił też uwagę, że w przypadku kosztorysów odwołującego w wielu pozycjach sytuacja była analogiczna i również opisy pozycji zostały „obcięte” przez program stosowany przez odwołującego, a zamawiający zastosował tą samą instytucję poprawiania innych omyłek, będąc w tym zakresie konsekwentny w stosunku do wszystkich wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Mostostal Warszawa mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny wyjaśniał, że jego decyzja podyktowana była faktem, że w każdym przypadku ocena prawidłowości zastosowanego opodatkowania w zakresie stawki VAT zależy od przyjętej przez konkretnego wykonawcę metody realizacji zlecenia, będącego w tym zakresie częścią przedmiotu postępowania o zamówienie publiczne. I tak w ocenie zamawiającego oraz kosztorysantów przygotowujących na jego zlecenie kosztorysy inwestorskie na potrzeby sporządzenia dokumentacji SIWZ, uzasadnione jest zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8% dla całego kosztorysu dotyczącego wykonania instalacji „gazów medycznych”. Dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego - korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%. Potwierdza to między innymi interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 12 września 2017 r. (0112-KDIL1-3-4012.272.2017.2.KB). Tym niemniej zamawiający, działając na korzyść wykonawców, nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego Mostostal Warszawa (podobnie jak w przypadku oferty Budimex S.A.) na wcześniejszym etapie postępowania, ze względu na zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 23%, gdyż w przypadku usług złożonych i świadczeń kompleksowych, istnieje możliwość wyboru przez wykonawcę różnych sposobów realizacji świadczenia. Na żądanie do złożenia wyjaśnień w sprawie przyjętej stawki VAT, Mostostal Warszawa w piśmie z dnia 20 marca 2019 r. wskazał, że w jego ocenie wykonywane przez nich prace w zakresie pozycji I.d.1, 8.d.1, 9.d.1, 10.d.1, II.d.1, 12.d.1 w dziale nr 1 „Sieć zewnętrzna” oraz w pozycjach 208.d.10.2, 209.d.10.2 w dziale 10.2 „Okablowanie przestrzeni

międzyzastopowej" są robotami budowlanym podlegającymi opodatkowaniu 23%, gdyż nie jest to montaż gazów medycznych. Zdaniem zamawiającego, w świetle takich wyjaśnień przez Mostostal Warszawa, nie było podstaw aby odrzucić ofertę tego wykonawcy i w ten sposób niejako zabronienia jemu realizacji tej części zamówienia ze stawką podstawową 23% VAT. Jak wyjaśnił Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z 11 lutego 2016 r., nr ILPP2/4512-1-837/15-4/SJ, w zakresie zastosowania właściwej stawki opodatkowania to na podatniku ciąży odpowiedzialność udowodnienia wystąpienia okoliczności uzasadniających zastosowanie stawki podatku innej (np. 8%) niż stawka podstawowa (23%), a w zakresie budowy instalacji gazów medycznych zdaniem organu wszystko zależy od tego jaką wersję wykonania wybierze wykonawca - czy wersję, że wykonuje całość (wyrób medyczny łącznie z niezbędną do jego prawidłowego funkcjonowania instalacją) wtedy ze stawką 8%, czy też wersję, że jednemu podwykonawcy powierzy dostawę wyrobu medycznego ze stawką 8% a innemu powierzy tylko wykonanie robót ogólnobudowlanych opodatkowanych stawką 23%. Wskazał również na stanowisko zawarte w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 6 sierpnia 2015 r. (IBPP2/4512-44 1/15/WN), potwierdzające jego ocenę w tym zakresie.

W konkluzji stwierdził również, że ustawa o podatku od towarów i usług nie wiąże z zastosowaniem stawki podstawowej ujemnych konsekwencji, które są przewidziane dla podatnika za nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej. Korzystanie ze stawek preferencyjnych nie jest bowiem obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej i ustawa o podatku od towarów i usług nie przewiduje niekorzystnych skutków za zastosowanie stawki podstawowej zamiast stawki preferencyjnej. Stanowisko powyższe, zdaniem zamawiającego, należy uwzględnić także na gruncie ustawy Pzp. Z tego względu wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania podstawowej stawki podatku VAT zamiast preferencyjnej, a więc w przypadku wątpliwości co do wysokości stawki podatku nie można zarzucać wykonawcy wadliwego zastosowania podstawowej stawki podatku VAT, co powoduje, że brak jest podstaw w takiej sytuacji do odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny. Podobne stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2407/17).

Na posiedzeniu Mostostal Warszawa - odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1046/19 przystępujący w sprawie sygn. akt KIO 1065/19 w zakresie w jakim zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu jego oferty w postępowaniu, prezentując swoje stanowisko w uzupełnieniu do argumentacji zawartej w odwołaniu, złożył pismo procesowe, w którym wniósł o przeprowadzenie dowodów w postaci:

1. opinii podatkowej Kancelarii LTCA Z., N., K. Spółka komandytowa;
2. interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej z 1 marca 2018 r., znak 0114-KDIP1-1.4012.694.2017.2.JO;
3. interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej z 10 sierpnia 2017 r., znak 0111-KDIB3-1.4012.178.2017.2.JP;
4. interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 6 sierpnia 2015 r., znak IBPP2-4512-441/15/WN;

na okoliczność prawidłowego zastosowania przez odwołującego dwóch stawek podatku VAT w odniesieniu do kosztorysu ofertowego branży sanitarnej dotyczącego gazów medycznych;

5. oświadczenia Prezesa Zarządu spółki REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o. na okoliczność potwierdzenia, że wskazany w ofercie Konsorcjum Alstal kierownik budowy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, w uzupełnieniu argumentacji przedstawianej we wcześniejszych pismach procesowych oraz na rozprawie w dniu 24 czerwca 2019 r., złożył pismo datowane na dzień 2 lipca 2019 r., załączając oświadczenie Kancelarii LTCA Z., N., K. Spółka komandytowa, w uzupełnieniu do złożonej opinii.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1065/19 - Mostostal Zabrze, na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2019 r. złożył pismo procesowe, w uzupełnieniu argumentacji podnoszonej w odwołaniu. Jednocześnie na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści kosztorysu ofertowego branży budowlanej, złożonego wraz z ofertą przez Konsorcjum Alstal na okoliczność, że wykonawca ten zmieniał opisy w pozycjach przedmiarów robót również w przypadku, gdy zamawiający nie dokonywał wskazanych modyfikacji.

Przystępujący Konsorcjum Alstal, zaprezentował swoje stanowisko w sprawie składając pisma procesowe, będące odpowiedzią na zarzuty stawiane w odwołaniach. Jednocześnie na rozprawie wniósł o przeprowadzenie dowodów w postaci:

1. w sprawie sygn. akt KIO 1046/19:

- 1.1. interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 6 sierpnia 2015 r., znak IBPP2-4512-441/15/WN;
- 1.2. oświadczenia podwykonawcy INMED-K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krępicach, który będzie realizował dla przystępującego zakres prac objętych kosztorysem Gazy_PR na okoliczność, iż prawidłowa stawka dla wszystkich elementów objętych tym zakresem wynosi 8%;
- 1.3. oświadczenia wykonawcy - Medpipe Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, który realizował na rzecz zamawiającego dokumentację projektową i przedmiary robót (będący podwykonawcą spółki SCALA wykonującej całość dokumentacji projektowej i kosztorysów dla zamawiającego) potwierdzającego, iż w kosztorysie dla gazów medycznych przyjął dla całości prac stawkę VAT - 8%;
- 1.4. wykazu zamówień realizowanych przez Konsorcjum Alstal, których przedmiotem było m.in. wykonanie instalacji gazów medycznych dla których to stosowana była stawka preferencyjna, a organy podatkowe nie zgłaszały w tym zakresie zastrzeżeń;
- 1.5. pisma zamawiającego z dnia 31 stycznia 2019 r. na potwierdzenie, że zamawiający w sposób wyraźny wskazał te części przedmiaru robót, które powinny zostać skorygowane, oddzielając ten zakres od pozostałych uwag, dla których zamawiający nie wymagał dokonania zmian w przedmiarach (znajdujące się także w aktach sprawy);
- 1.6. fragmentów kosztorysu wykonawcy Mostostal Zabrze na potwierdzenie, że każdy wykonawca w pozycjach, do których zamawiający sformułował uwagi wprowadził te zmiany w odmienny sposób;
- 1.7. oferty firm: Firmy usługowo-handlowej TECHLUK z siedzibą we Włocławku i ALVO z siedzibą w Śmiglu na stolarkę okienną i drzwiową potwierdzające, że sporządzona przez wykonawcę kalkulacja oparta została na rzeczywistych cenach rynkowych;
- 1.8. wykazu zamówień zrealizowanych przez przystępującego, których przedmiotem była m.in. dostawa i montaż drzwi radiologicznych, na potwierdzenie, że przystępujący może zaproponować dla tego zakresu ceny niższe niż inni wykonawcy;
- 1.9. listu referencyjnego wystawionego przez REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o. na potwierdzenie, iż kierownik budowy spełnia warunek udziału w postępowaniu;

2. w sprawie sygn. akt KIO 1065/19:

- 2.1. wnioś o przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów jak w pkt 1.7. i 1.8. powyżej.

Ponadto, na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r., złożył pismo procesowe stanowiące analizę interpretacji podatkowych powołanych przez odwołującego Mostostal Warszawa w sprawie o sygn. akt KIO 1046/19.

Zamawiający, w sprawie o sygn. akt KIO 1065/19 wnioś o przeprowadzenie dowodu w postaci pisma zamawiającego, kierowanego w postępowaniu do odwołującego Mostostal Zabrze z 14 marca 2019 r., informującego o poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp (znajdujące się także w aktach sprawy).

Na rozprawie w dniu 3 lipca 2019 r. odwołujący Mostostal Zabrze złożył oświadczenie, że cofa zarzuty w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Alstal do złożenia wyjaśnień i ewentualnie prawidłowych dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia); oraz w zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie, który powoduje istotną zmianę w treści oferty Konsorcjum Alstal - poz. 8.44 w kosztorysie „BCOP przedmiar”; Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, zmianami do niej, treścią pytań i odpowiedzi do SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem oraz pismami procesowymi

złożonymi przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w sprawach KIO 1046/19 i 1065/19, wnoszący przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i ubiegają się o zamówienie. Zamawiający, dokonawszy wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Alstal a oferty wykonawców, którzy złożyli przedmiotowe odwołania sklasyfikowane zostały na pozycji drugiej i trzeciej. W przypadku, gdyby stawiane przez odwołujących zarzuty potwierdziły się, oferta uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zostałaby odrzucona a każdy z odwołujących się wykonawców, miałby szansę na wybór jego oferty i zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie kopii potwierdzonej przez zamawiającego za zgodność z oryginałem oraz w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz ze zmianami, treści pytań do SIWZ oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień, treści ofert złożonych w postępowaniu przez Mostostal Warszawa i Konsorcjum Alstal, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1046/19, jak też powoływane przez przystępującego Konsorcjum Alstal z wyłączeniem: (i) dowodów powoływanych na okoliczność kalkulacji cen jednostkowych w ofercie przystępującego Konsorcjum Alstal w zakresie oferowanej stolarki okiennej i drzwiowej, albowiem w tym zakresie skład orzekający doszedł do przekonania, że z uwagi na to, że zarzuty formułowane w odniesieniu do oferty tego wykonawcy dotyczą kwestii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje kwestia porównania poszczególnych cen w kosztorysach ofertowych; (ii) dowodów w postaci oświadczenia Prezesa Zarządu spółki REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o. przedstawionego przez odwołującego Mostostal Warszawa, jak też listu referencyjnego wystawionego przez REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o. dla kierownika budowy Pana M.S., w tym zakresie bowiem kwestią sporną była nie okoliczność czy osoba

ta pełniła wskazaną funkcję na wymienionym w Wykazie osób zadaniu, lecz kwestia interpretacji zapisów SIWZ w zakresie rozumienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała dowody wnioskowane przez odwołującego, jak też powoływane przez przystępującego w sprawie sygn. akt KIO 1065/19 za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. Jak wskazał w toku rozprawy przystępujący Konsorcjum Alstal, co przyznał odwołujący Mostostal Zabrze, kosztorys ofertowy branży ogólnobudowlanej został w całości wprowadzony jako zmiana przedmiaru robót, pismem z 18 grudnia 2019 r. Co do dowodów wnioskowanych przez przystępującego Konsorcjum Alstal na okoliczność kalkulacji cen jednostkowych w ofercie, aktualne są wywody w tym zakresie, jak w sprawie sygn. akt KIO 1046/19.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W sprawie o sygn. akt KIO 1046/19

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów formułowanych w treści odwołania Izba uznała.

W zakresie okoliczności podnoszonej przez odwołującego dotyczącej zaniechania odrzucenia

oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp jako oferty zawierającej

błąd w obliczeniu ceny Izba uznała zarzut za niezasadny

Izba w tym zakresie ustaliła, że w ramach przedmiotowego zamówienia wybrany wykonawca zobowiązany będzie wykonać przebudowę i rozbudowę instalacji wewnętrznych oraz infrastruktury technicznej, w której skład wchodzi m. in. instalacje gazów medycznych.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami Części XII pkt 3 SIWZ, w Formularzu Oferty

- załącznik nr 2 zamawiający opisał w jaki sposób wykonawcy winni obliczyć cenę za realizację zamówienia: „Cena oferty brutto, tj. łącznie z podatkiem VAT, winna być podana w złotych polskich (PLN), liczbowo i słownie, z VAT-em oraz oddzielnie należy podać % zastosowanych stawek podatku VAT. Na formularzu „Oferta” należy podać cenę brutto za wykonanie całości zamówienia, tj. łącznie z podatkiem VAT (cyfrowo i słownie) oraz oddzielnie zastosowane stawki podatku VAT w procentach (%) wymienione po przecinku. Cena ofertowa nie może być dowolnie deklarowaną wielkością pieniężną lecz musi wynikać z przeprowadzonego rachunku kosztów. Wykonawca uwzględni w cenie oferty wszystkie czynności i prace, które będą niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.” Zamawiający wskazał, aby wykonawcy podali cenę netto i brutto za realizację zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że roboty budowlane polegające na wykonaniu instalacji gazów medycznych oraz prac towarzyszących, służących prawidłowemu uruchomieniu i pracy tych instalacji, przewidziano w kosztorysie branży sanitamej pn. Gazy_PR. Przystępujący Konsorcjum Alstal zastosował dla tego zakresu prac stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Nie zgadzał się z tym odwołujący wywodząc z kolei, że kosztorys ten obejmuje również swoim zakresem inne roboty, o charakterze ogólnobudowlanym, niewiążące się z wykonaniem tych instalacji jako wyrobu medycznego ani jej montażu. Odwołujący podnosił, że w ofercie Konsorcjum Alstal w zakresie pozycji kosztorysu branży sanitamej Gazy_PR (str. 71-76 oferty) do robót ogólnobudowlanych dostosowujących do instalacji gazów medycznych, a ujętych w pozycjach Id. 1, 8d. 1, 9d. 1, IOd. 1, lid. 1, 12d. 1 w Dziale nr 1 „Sieć zewnętrzna” oraz w pozycjach 208d 10.2 i 209d 10.2 w Dziale 10.2 „Okablowanie przestrzeni międzystropowej”, które nie stanowią montażu gazów medycznych, winna być zastosowana podstawowa stawka podatku VAT (23%).

Wywodził, że sam układ dokumentów przedmiaru i ujęcie w jednym kosztorysie branży sanitamej określonych pozycji przez zamawiającego nie mogą decydować o kwalifikacji poszczególnych elementów wykonania prac jako instalacji gazów medycznych będącej wyrobem medycznym. To wykonawca podejmuje decyzję, dokonując wyliczenia ceny brutto, jaką właściwą stawkę podatku VAT zastosować, a jedyną wytyczną w tym zakresie stanowią zapisy ustawy o podatku VAT. Zwracał uwagę, że tylko produkt posiadający certyfikat i oznaczony system instalacji gazów medycznych, jako produkt stanowiący wyrób medyczny może być objęty preferencyjną stawką podatku VAT - 8%. Odwołujący podkreślał, że sam wytwórca nie wykonuje robót ogólnobudowlanych ani nie poddaje ich procesowi dostosowywania pomieszczeń, modernizacji czy rozbudowy, bo nie na tym polega wytworzenie systemu instalacji, polegającego na wykonaniu wyrobu medycznego, ewentualnie związanych z nim bezpośrednio pracami montażowymi. Prace te nie są też poddawane wyżej wskazanemu badaniu pod względem wydawanej deklaracji zgodności i certyfikacji. Do takich prac nie należą objęte wyżej wymienionymi pozycjami kosztorysu branży sanitamej elementy robót ogólnobudowlanych stąd wniosek, że ten zakres prac nie może korzystać z preferencyjnej stawki podatku - 8%. Przywoływał w tym zakresie interpretacje indywidualne, które miały potwierdzać to stanowisko.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji odwołującego w tym zakresie uznając, że Konsorcjum Alstal prawidłowo przyjął, że całość prac objętych kosztorysem Gazy_PR winno zostać objętych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Analiza wydawanych interpretacji podatkowych prowadzi do wniosku, że zawierają one jednoznacznie wytyczne co do możliwości opodatkowania instalacji gazów medycznych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Tak np. zgodnie ze stanowiskiem zawartym w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 6 sierpnia 2015 r. (IBPP2/45 12-44 1/15/WN), zauważono, że: "prace związane z dostawą i montażem instalacji gazów medycznych oraz pozostałe roboty remontowo-budowlane podejmowane w ramach zawartej umowy dotyczącej remontu budynku tlenowni, na które składają się prace tynkarskie, malarskie, budowlane należy traktować jako świadczenia odrębne, opodatkowane właściwymi dla tych usług/towarów stawkami. Kontrahent zamawiając wykonanie usług ogólnobudowlanych związanych z remontem budynku tlenowni może dokonać zakupu wyrobu medycznego od innego podmiotu. Tym samym więc wykonania usług remontowo - budowlanych oraz wykonania instalacji gazów medycznych jako certyfikowanego wyrobu medycznego na danym obiekcie nie należy traktować jako świadczenia złożonego. Zatem dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem, jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego - korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w

związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powiązaniu z art. 146a pkt 2 ustawy. Natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, jako świadczenie odrębne od dostawy wyrobu medycznego, podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla tego typu robót. W przypadku, gdy przy wykonaniu ww. robót nie zostaną spełnione warunki do zastosowania stawki obniżonej 8% na podstawie art. 41 ust. 12-12c ustawy o VAT, wykonanie tych usług podlega opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23%, w myśl art. 41 ust. 1 ustawy w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. Odnosząc zatem przedstawiony stan prawny do przedstawionego zdarzenia przyszłego należy stwierdzić, że Wnioskodawca powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie

czynności, tj. realizując np. zadanie obejmujące dostawę instalacji gazów medycznych oraz prace tynkarskie, malarskie, budowlane, każdorazowo dostawę wyrobu medycznego powinien opodatkowywać stawką podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy, natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, opodatkować podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT". Podobne wnioski płyną z lektury innych, wydanych w tym zakresie interpretacji, w tym złożonych przez odwołującego Mostostal Warszawa jako dowody

w sprawie. Organy podatkowe nie mają wątpliwości co do tego, że wszystkie prace, które stanowią czynności pomocnicze względem dostawy instalacji gazów medycznych, podlegają opodatkowaniu taką samą stawką podatku VAT jak rzeczona instalacja. Dotyczy to także robót budowlanych, które co do zasady opodatkowane stawką podstawową w przypadku, gdy są pomocnicze (służą) wykonaniu wyrobu medycznego, podlegają również opodatkowaniu stawką VAT - 8%. Co istotne w niniejszej sprawie żadna z przywołanych przez Mostostal Warszawa interpretacji nie odnosi się do robót objętych przedmiotowym postępowaniem, Mostostal Warszawa nie przedstawił żadnej indywidualnej interpretacji podatkowej z której wynikałoby, że jego stanowisko co do konieczności opodatkowania części kosztorysu Gazy_PR stawką podstawową jest uzasadnione.

Należy zauważyć, że zamawiający wydzielił jako odrębny zakres prac do wykonania prace opisane w kosztorysie Gazy_PR, ujmując tam wszystkie elementy konieczne dla instalacji gazów medycznych, jako wyrobu medycznego. Przyznał to sam zamawiający w złożonym piśmie procesowym i na rozprawie. Fakt ten potwierdza również dowód wnioskowany przez przystępującego Konsorcjum Alstal w postaci oświadczenia wykonawcy - Medpipe Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, który realizował na rzecz zamawiającego dokumentację projektową i przedmiary robót w zakresie gazów medycznych (będący podwykonawcą spółki SCALA wykonującej całość dokumentacji projektowej i kosztorysów dla zamawiającego), z którego wynika, że wykonawca ten wykonał kosztorys dla gazów medycznych, obejmujący swym zakresem roboty, które „bezpośrednio wiążą się z wykonaniem gazów medycznych”. Wykonawca ten uszczegółowił, że „zakres kosztorysu obejmował m.in. roboty ziemne i prowadzenie przewodów kabelkowych, które są niezbędne do uruchomienia i prawidłowego działania instalacji gazów medycznych”. Należy zatem uznać, że wykonawca dokumentacji jednym przedmiarem objął prace związane z dostawą instalacji gazów medycznych i te, zgodnie z przywołanymi wcześniej interpretacjami podatkowymi, winny być objęte jedną, preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Stanowisko, że wszystkie pozycje kosztorysowe, objęte przedmiarem Gazy_PR są niezbędne do wytworzenia kompletnego wyrobu medycznego i są wykonywane w celu prawidłowego działania instalacji potwierdza również oświadczenie złożone jako dowód przez przystępującego Konsorcjum Alstal złożone przez jego podwykonawcę: INMED-K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Krępicach, który będzie realizował całość prac objętych kosztorysem Gazy_PR. Również ten wykonawca, powołując się na interpretację nr 0111-KDIB3-1.4012.178.2017.2.JP Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej z dnia 10 sierpnia 2017 r. uznał, że uprawnione jest stanowisko, że dla wskazanych robót należy zastosować preferencyjną stawkę podatku VAT. Oświadczenia powyższe przeczą stanowisku odwołującego, że z przedmiotowego zakresu winny zostać wydzielone dwie grupy robót które, w jego ocenie, nie są niezbędne dla wykonania (montażu) instalacji gazów medycznych.

Fakt, że odwołujący wydzielił te właśnie roboty z całego zakresu prac objętych kosztorysem Gazy_PR i zastosował dla nich stawkę podstawową nie zostało poparte żadną szczegółową argumentacją. Odwołujący przedstawił wprawdzie jako dowód opinię ws. oceny prawidłowości zastosowania w niniejszym postępowaniu dwóch stawek podatkowych podatku VAT w odniesieniu do kosztorysu ofertowego branży sanitarnej dotyczącego gazów medycznych (Gazy_PR), sporządzoną przez Kancelarię LTCA Z., N., K. Spółka komandytowa, z której wynika, że część pozycji kosztorysu należało wydzielić i dla niektórych prac zastosować stawkę podstawową. Jakkolwiek wnioski zawarte w tej opinii wskazują w sposób jednoznaczny, że po analizie zakresu prac dotyczących okablowania (instalacji elektrycznych) oraz sieci zewnętrznej (robót ziemnych) opiniujący doszli do przekonania, że pomimo istnienia związku tych prac z montażem systemu rurociągów gazów medycznych, prace te stanowią czynności dostosowujące czy też inaczej adaptacyjne

a zatem nie mogą być uznane jako świadczenie kompleksowe, uprawniające podmiot wykonujący te roboty do zastosowania jednej, preferencyjnej stawki podatku dla całości prac. Nie może jednak umknąć uwadze, że analiza opiniującego, jak też wnioski z niej płynące oparte zostały na założeniach przekazanych przez Mostostal Warszawa. Wyraźnie wynika to z informacji zawartej na stronie 2 pkt 2 tiret pierwszy, gdzie kancelaria podatkowa informuje: „Zgodnie z informacjami otrzymanymi od Spółki (tu odwołującego), zastosowane rozróżnienie stawek opodatkowania wynika przede wszystkim z okoliczności, iż prace dotyczące sieci zewnętrznej (roboty ziemne) oraz okablowania (instalacje elektryczne podsufitowe) stanowią w rzeczywistości prace adaptacyjne, które nie dotyczą dostawy systemu rurociągów gazowych”. Oparcie opinii na powyższych założeniach nie mogło prowadzić do innych wniosków, niż sformułowane przez autorów opracowania.

Należy też dostrzec, że zamawiający udzielając wykonawcom odpowiedzi na pytania, w piśmie z 17 października 2018 r., w odpowiedzi na pytanie nr 81 stanowiące wniosek

wykonawcy o zmianę formularza oferty i jednoznaczne wskazanie, że prace w zakresie instalacji gazów medycznych należy opodatkować 8% stawką podatku VAT, chociaż nie dokonał postulowanych zmian w dokumentacji przetargowej wskazał, że w sporządzanych kosztorysach składający ofertę ma oznaczyć odpowiednie stawki VAT przy różnych rodzajach robót (branż). Tym samym wskazał, że w każdym z kosztorysów który obejmuje jedną, odrębną branżę należy zastosować jedną, właściwą stawkę podatkową. Jaka będzie stawka właściwa - decyduje w tym przypadku wykonawca, mając na uwadze przepisy ustawy o VAT.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że Konsorcjum Alstal zastosowało dla zakresu objętego kosztorysem Gazy_PR prawidłową stawkę podatku VAT, a tym samym nie było podstaw do twierdzenia, że oferta wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny skutkujący koniecznością zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu alternatywnego dotyczącego unieważnienia postępowania

Odwolujący, w przypadku ewentualnego nieuznania zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podniósł, iż zamawiający winien rozważyć unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem wyboru w okolicznościach, w których brak jest ofert porównywalnych, a zatem z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem nie ulega wątpliwości, że stan, w którym wykonawcy stosują różne stawki podatkowe w odniesieniu do tej samej podstawy opodatkowania, nie posiadając w tym względzie żadnych indywidualnych decyzji w zakresie zwolnień lub ulg podatkowych, jest sytuacją obiektywnie niedopuszczalną, skutkującą niezachowaniem w postępowaniu podstawowych zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i transparentności postępowania.

Skład orzekający zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłankami unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o ww. przepis są: (i) fakt wystąpienia wady postępowania, (ii) wada musi być niemożliwa do usunięcia, (iii) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, (iv) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp. Należy również zauważyć, że jest to czynność niwecząca całość postępowania powodująca, że nie zostaje osiągnięty cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia oznacza, że jest to instytucja wyjątkowa, a przesłanki z art. 93 ustawy Pzp należy interpretować w sposób ścisły.

Wykładnia celowościowa art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przy czym konieczne jest także wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Takie okoliczności nie zaistniały w niniejszym postępowaniu. Fakt, że zamawiający nie przesądził jaką stawkę podatku VAT zastosować w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia w kosztorysie Gazy_PR, a dokonując oceny złożonych ofert uznał, że zarówno odwołujący Mostostal Warszawa, jak też inni wykonawcy przyjęli rozwiązania prawidłowe, nie skutkuje uznaniem, że zaszła okoliczność przewidziana tym przepisem. Ewentualne błędy zamawiającego dotyczą bowiem czynności oceny złożonych ofert i polegają na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, który zastosował stawkę nieprawidłową.

Ponadto, w kontekście podnoszonego zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania, na decyzję taką nie może mieć wpływu przyjęty przez zamawiającego sposób procedowania w tym postępowaniu. Fakt, że zamawiający w różnych terminach powiadomił wykonawców o okolicznościach i decyzjach, o których mowa w przepisie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, nie stanowi wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W zakresie w jakim podniesiony został zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art.

89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz naruszenia art. 87 ust 1 ustawy

Pzp

Odwolujący podnosił, że oferta wybranego wykonawcy jako niezgodna z treścią SIWZ a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z niespełnieniem wymagań zamawiającego w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, w której winna być zapewniona wymagana wielkość i grubość osłon (płyt ołowianych) - pozycje 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214, 218 w kosztorysie robót budowlanych.

W tym zakresie Izba uznała, że kluczowa dla oceny tego zarzutu jest analiza treści pisma zamawiającego z 31 stycznia 2019 r. W odpowiedzi na pytania z dnia 28 i 29 stycznia 2019 r. udzielił on wyjaśnień do SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 6). Zgodnie z zawartą tam instrukcją wykonawcy zobowiązani zostali z jednej strony do dokonania korekty przedmiarów robót we wskazanym zakresie (opis na stronie 4-5 pisma) w formie: „jest”, „ma być”.

W dalszej części zamawiający sformułował „Uwagi w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, które należy uwzględnić przy kalkulacji niżej wymienionych pozycji”, wymieniając w tabeli spome pozycje przedmiaru robót i uzupełniając opisy pozycji kosztorysowych (strona 6 pisma). Nie ulega wątpliwości, że nakaz uwzględnienia w kalkulacji nie jest równorzędny z nakazem dokonania zmian w opisach pozycji kosztorysowych. Jeśli zamawiający takich korekt nakazywał, czynił to w sposób odmienny, podając nowe brzmienie zmienionej pozycji przedmiarowej. W odniesieniu do pozycji wymienionych powyżej tego nie uczynił. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, co przyznał sam zamawiający, że inna osoba przygotowywała zmiany w tym zakresie, stąd taka forma udzielonej odpowiedzi. Przesądzające jest, że w treści pisma wyraźnie wskazano, że uwagi jedynie należy „uwzględnić” przy kalkulacji. Izba uznała zatem, że instrukcja dla wykonawców była jasna, sformułowanie „uwzględnić” oznacza „wziąć coś pod uwagę” a więc mieć na względzie dokonaną modyfikację i tak też wycenić ofertę. Nie oznaczało to, że wykonawcy mieli dokonywać jakichkolwiek zmian w treści pozycji przedmiarowych, zresztą zakaz taki został sformułowany przez zamawiającego w SIWZ. Konsorcjum Alstal prawidłowo zatem zinterpretowało nakaz zamawiającego i wyceniło przedmiot zamówienia z uwzględnieniem zmienionych opisów w pozycjach przedmiarowych. Nigdzie też w treści rzeczowego pisma Izba nie dopatrzyła się nakazu, że wykonawcy winni dać wyraz, że zauważyli zmiany dokonane przez zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji, że z treści sformułowania pod tabelą tj. „Pozostałe pozycje dotyczące zastosowania osłon stałych pozostają bez zmian” wywieść należało, że wszystkie inne pozycje przedmiarowe należało zmienić Izba uznała tą argumentację za nie znajdującą oparcia w treści odpowiedzi. Zauważyć należy, że zamawiający w tym postępowaniu wielokrotnie odpowiadał na pytania wykonawców odnoszące się do rodzaju i zakresu osłon radiologicznych, samo pytanie dotyczy kwestii wyjaśnienia rozbieżności co do tych elementów kosztorysu. Tym samym samo sformułowanie należy uznać za ogólne, odnoszące się do wszystkich innych kwestii zastosowania osłon stałych w kosztorysach.

Izba zwróciła też uwagę, że w odniesieniu do omawianego zakresu dokonanie prostej korekty w kosztorysie było niemożliwe. Zamawiający oczekiwał bowiem, co potwierdził na rozprawie, że wykonawcy skalkulują w tych pozycjach zakres, który wynikał z pierwotnej wersji przedmiaru, uwzględniając w części wprowadzone zmiany. Uwagi zostały sformułowane w taki sposób, że niejako „uzupełniały” zakres zamówienia ujęty w pierwotnej części przedmiaru. Gdyby zatem opis pozycji miał być modyfikowany, to należałoby uznać za prawidłowe wpisanie pierwotnego opisu wraz z uwagą, przy czym podkreślić należy że taka instrukcja dla wykonawców nie znalazła się w treści omawianego pisma, wprowadzającego przedmiotowe zmiany SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że wykonawcy w różny sposób zrozumieli wytyczne zamawiającego co do tego jak rzeczzone zmiany winny zostać uwzględnione. Analiza złożonych kosztorysów wskazuje, że Mostostal Warszawa wpisał pierwotną treść przedmiaru i uzupełnił ją o zmiany w pozycjach, Konsorcjum Alstal pozostawiło pierwotne brzmienie pozycji, natomiast Mostostal Zabrze wykreśliło pierwotny zapis i pozostawiło dopisek opisany w formie uwag. Tym samym, jak wyjaśniał zamawiający na rozprawie, mając na uwadze nieprecyzyjność wyjaśnień w tym zakresie i naczelną zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującą uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zwrócił się do Konsorcjum Alstal, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, aby ten potwierdził, że w cenie uwzględnił wprowadzone korekty. W stosunku do Mostostal Zabrze, zastosował z kolei procedurę opisaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i skorygował powyższe pozycje jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Izba uznała, że wykonawca Konsorcjum Alstal, prawidłowo zastosował się do polecenia zamawiającego, zawartego w treści odpowiedzi na pytania, nie zmieniając pozycji przedmiarowych. Zamawiający z kolei jest udzieloną odpowiedzią związany a zatem jeśli dokonał zmian i nie wskazał w sposób precyzyjny w jaki sposób należy odzwierciedlić w kosztorysie fakt, że zmiany zostały dostrzeżone i wycenione to wykonawca, stosując się do nich nie może ponosić negatywnych konsekwencji w zakresie oceny treści złożonej przez niego oferty.

Z pewnością nie można też zgodzić się z zarzutami odwołującego Mostostal Warszawa, że treść oferty przystępującego Alstal była niezgodna z treścią SIWZ. Nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem,

iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 775/19). Ocena zamawiającego w tym zakresie polega zatem na porównaniu zapisów SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. W przypadku stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty.

Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum Alstal w tych pozycjach nie było sprzeczne z opisem zawartym w przedmiarach robót. Wykonawca nie zaznaczył wprawdzie, że uwzględnił w cenie modyfikacje wynikające ze zmian dokonanych przez zamawiającego ale to nie dowodzi, że oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego. Zamawiający, kierując do Konsorcjum Alstal zapytanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdził jedynie fakt, że wykonawca ten w kalkulacji uwzględnił przedmiotowe korekty.

W zakresie, w jakim odwołujący Mostostal Warszawa wskazywał, że porównanie cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach w kosztorysie ofertowym konsorcjum Alstal wskazuje na brak uwzględnienia zmian w wycenie pozycji Izba uznała, że sam fakt, że w dwóch różnych pozycjach zaproponowano ceny identyczne pomimo, że ich opis jest różny nie może być podstawą do formułowania takich wniosków. Przystępujący słusznie wskazał, że ma możliwość dowolnego kształtowania cen jednostkowych i stosowania różnych narzutów w poszczególnych pozycjach. Z powyższych powodów Izba uznała, że dowody powoływane na okoliczność prawidłowości kalkulacji cen jednostkowych w ofercie przystępującego Konsorcjum Alstal w zakresie oferowanej stolarki okiennej i drzwiowej, są nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy. W tym zakresie skład orzekający doszedł do przekonania, że z uwagi na to, że zarzuty formułowane w odniesieniu do oferty przystępującego dotyczą kwestii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje kwestia porównania poszczególnych cen w kosztorysie ofertowym wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba, po analizie zapisów SIWZ i zmian do dokumentacji dokonywanych w toku prowadzonego postępowania uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a zamawiający, wzywając przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie opisu w pozycjach: 101, 102, 117, 118, 201, 202, 209, 212, 213, 214, 218 w kosztorysie robót budowlanych, postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazanego kierownika budowy oraz zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z podaniem informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd w zakresie wykazanego doświadczenia kierownika budowy

Izba ustaliła, że zgodnie z zapisem w Części V pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) SIWZ zamawiający w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy wymagał: „Wykonawca musi wykazać, że dysponuje (...) w szczególności kierownikiem budowy posiadającym: (...) co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jedną realizację polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku (obiektu kubaturowego), o wartości nie mniejszej niż 21 mln zł. brutto”. Konsorcjum Alstal, w Wykazie osób, złożonym na wezwanie zamawiającego, wskazało na to stanowisko Pana M.S. oświadczając, że pełnił on funkcję kierownika budowy na zadaniu pn. „Budowa Zakładu Biologicznego Przetwarzania Odpadów Remondis w Bydgoszczy” - wartość inwestycji 28 mln zł. brutto.

Odwołujący kwestionował, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do kierownika budowy, gdyż w jego ocenie, nie powinno ulegać wątpliwości, że w ramach co najmniej 5 - letniego doświadczenia na obiektach kubaturowych w pełnieniu funkcji kierownika budowy, co najmniej jedna inwestycja winna polegać na budowie, rozbudowie lub modernizacji budynku, którego wartość jako obiektu kubaturowego winna być nie mniejsza niż 21 mln zł brutto. Wymóg co do wartości odnosić tu bowiem należy wyłącznie do wartości prac polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie konkretnego, pojedynczego budynku.

Taka interpretacja, w ocenie Izby, nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu warunku opisanego w Części V pkt 2.3 ppkt 2 lit. a) SIWZ. Zamawiający oczekiwał bowiem, że doświadczenie kierownika budowy będzie obejmowało co najmniej jedną realizację,

dodatkowo spełniającą następujące wymogi: polega na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie budynku, a wartość tej realizacji (a nie budynku/ konkretnego obiektu) musi być nie mniejsza niż 21 mln zł brutto.

Interpretując treść cytowanego warunku nie sposób nie zauważyć również, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem Części III pkt 3.1. SIWZ, są roboty budowlane polegające na rozbudowie istniejącego zespołu szpitalnego o budynki, budowle i urządzenia a zatem nie wzniesienie jednego obiektu. Tym samym, mając na uwadze funkcję jaką pełnią w postępowaniu warunki udziału tj. zapewnienie, że dany wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, kierownik budowy winien legitymować się realizacją podobną. W tym wypadku podobna nie oznacza pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji budowy jednego obiektu, ale doświadczenie przy realizacji kompleksu budynków, budowli czy urządzeń.

W świetle powyższego, Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy za nieznajdujący potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy. Tym samym, za nieuzasadniony, należało uznać także zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstal z udziału w postępowaniu. Podane w Wykazie osób informacje, dotyczące doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy na wymienionej wyżej inwestycji, potwierdzały bowiem spełnienie warunku w tym zakresie. Przystępujący konsorcjum Alstal podało w tym zakresie informacje prawdziwe, adekwatne w świetle sformułowanego w SIWZ warunku. Nie doszło zatem do sytuacji w której wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 1065/19

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowo oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych w treści odwołania Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie w jakim Izba uwzględniła odwołanie tj. w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców

i zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa mimo, że oferta ta zawiera błędy

w obliczeniu ceny

Kluczowym dla rozpoznania niniejszego zarzutu były dwie kwestie. Pierwszą z nich było ustalenie przez skład orzekający, że właściwą stawką podatku VAT, która winna być zastosowana dla wykonania wszystkich czynności związanych z instalacją gazów medycznych objętych kosztorysem Gazy_PR, jest stawka 8%. Tymczasem w przedmiotowym kosztorysie Mostostal Warszawa wskazał dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 23%. Drugą kwestią było ustalenie, że zamawiający nie wskazał w treści SIWZ jaka stawka podatku VAT jest właściwa na dany zakres zamówienia. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy, będące jednocześnie postulatem o zmianę formularza oferty i jednoznaczne wskazanie, że prace w zakresie instalacji gazów medycznych należy opodatkować 8% stawką podatku VAT, pismem z 17 października 2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 81) wskazał jedynie, że w sporządzanych kosztorysach składający ofertę ma oznaczyć odpowiednie stawki VAT przy różnych rodzajach robót (branż). Za odpowiednie uznał stawki wynikające z przepisów ustawy o VAT, pozostawiając w tym zakresie decyzję składającym ofertę wykonawcom.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Należało zatem rozstrzygnąć czy nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym stanowi błąd w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty.

Należy zauważyć, że kwestią tą zajmował się Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 oraz uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 53/11 zawarł tezę, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Nie budzi zatem żadnych wątpliwości Sądu Najwyższego, że przyjęcie przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno

skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako tzw. inna omyłka. Odnośnie możliwości poprawienia nieprawidłowej stawki podatku w uzasadnieniu jednej z uchwał wyjaśniono, że: „jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież takie wysokości określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty”. Sąd podkreślił również, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie należytej oceny ofert, w tym również zbadanie oferty pod względem prawidłowości zastosowanej stawki VAT. Tymczasem zamawiający zaniechał nałożonego na niego obowiązku przyjmując obydwie rozwiązania za dopuszczalne, gdyż jak twierdził wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania podstawowej stawki podatku VAT zamiast preferencyjnej na gruncie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, co wynika wprost z cytowanych wyżej uchwał Sądu Najwyższego, że konsekwencją zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie, jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wprawdzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w niektórych przypadkach, dopuszcza zastosowanie przez wykonawcę podstawowej stawki VAT, uznając że takie działanie nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Skład orzekający stoi jednak na stanowisku, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjając zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej, jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie. Nie może zatem stanowić argumentu, wpływającego na rozstrzygnięcie Izby, że nawet w przypadku gdyby Mostostal Warszawa na cały zakres zamówienia zastosował stawkę preferencyjną, to i tak nie miałoby to wpływu na pozycję rankingową tego wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert i w związku z tym nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została ona obliczona. Jeżeli mówić o „cenie” czy „błędach w obliczaniu ceny”, to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko zatem oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w z w. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy - Konsorcjum Alstal do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne

Zgodnie z SIWZ - Część VI pkt II ppkt 2. lit. c) celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z niniejszego postępowania wykonawca winien przedstawić zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że każdy z członków Konsorcjum Alstal nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Odwołujący wywodził, że Konsorcjum Alstal nie przedstawiło zaświadczenia dla Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Sp. k. ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo potwierdzającego, że Lider Konsorcjum nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Jak ustaliła Izba w zaświadczeniu, które kwestionował odwołujący, wpisane były dane identyfikujące przedsiębiorcę - lidera Konsorcjum Alstal w postaci numerów NIP i REGON, czemu odwołujący nie przeczył. Należy zauważyć, że Numer Identyfikacji Podatkowej (NIP) został wprowadzony ustawą z 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników

1 płatników (Dz. U. z 2019 r., poz. 63) i służy do identyfikacji podatników. Każdy numer NIP jest niepowtarzalny i przyporządkowany osobie fizycznej na całe życie, a w przypadku podmiotu prawnego - na czas jego funkcjonowania. Z kolei ustawą o statystyce publicznej z 1995 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 649) wprowadzony został Krajowy rejestr urzędowy podmiotów gospodarki narodowej (REGON). REGON jest symbolem cyfrowym, umieszczanym w rejestrze prowadzonym przez Główny Urząd Statystyczny w celu ewidencjonowania podmiotów gospodarczych funkcjonujących na rynku. Jest przypisany danej osobie prawnej, jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej lub osobie fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Nie ulega zatem wątpliwości, że zarówno NIP i REGON identyfikują dany podmiot gospodarczy. Tym samym zamawiający słusznie uznał, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, chociaż nie widnieje na nim pełna nazwa podmiotu, dotyczy Lidera Konsorcjum Alstal.

Ponadto Konsorcjum Alstal złożyło również odrębne zaświadczenie dla komplementariusza Lidera - Alstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, co dodatkowo potwierdza, że mamy do czynienia z innymi podmiotami i dwoma odrębnymi zaświadczeniami. Nie zaistniała zatem, w ocenie Izby podstawa dla wezwania przystępującego do złożenia nowego dokumentu. Sam fakt, że w zaświadczeniu nie widnieje pełna nazwa podmiotu, co jak przystępujący wyjaśnił wynika z faktu, że system informatyczny ZUS jest skonstruowany w taki sposób, że drukuje zaświadczenia

z ograniczoną liczbą znaków, nie stanowi podstawy dla kierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, celem wyjaśnienia rozbieżności, mógł zwrócić się do przystępującego Konsorcjum Alstal z wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie z jakich powodów w zaświadczeniu nie wpisano pełnej nazwy podmiotu. Fakt, że tego nie zrobił, nie ma jednak wpływu na ocenę braku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie czynności wyjaśnienia treści oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal w sytuacji, gdy oferta - kosztorys (na podstawie przedmiaru będącego częścią opisu przedmiotu zamówienia) zawierała zaoferowany inny przedmiot zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego w SIWZ oraz w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Konsorcjum Alstal mimo, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia

Mając na uwadze, że zarówno zarzuty formułowane przez Mostostal Zabrze, jak również argumentacja w tym zakresie była analogiczna do tej, jaka miała miejsce w przypadku odwołującego Mostostal Warszawa, pozostają aktualne wywoły Izby zawarte powyżej w uzasadnieniu oddalenia odwołania w sprawie sygn. akt 1046/19.

Izba, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa pomimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Konsekwencją stwierdzonych naruszeń było nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z cytowanym wyżej przepisem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, gdy stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Pzp, mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców zaniechał czynności odrzucenia oferty Mostostal Warszawa pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Wprawdzie oferta

Mostostal Warszawa jest ofertą, która zgodnie z kryteriami oceny ofert, oceniona została na drugiej pozycji, a zatem w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert nie ulegnie zmianie wynik postępowania (nadal jako najkorzystniejsza zostanie uznana oferta Konsorcjum Alstal) to w przypadku, gdyby wykonawca ten odmówił podpisania umowy, a zamawiający wezwał kolejnego wykonawcę do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcą tym byłby Mostostal Warszawa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1046/19 odwołującego Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1065/19 zamawiającego Miasto Bielsko-Biała - Urząd Miejski w Bielsku-Białej mając na uwadze, że odwołanie zostało uwzględnione w odniesieniu do zarzutów kierowanych do oferty jednego z wykonawców tj. Mostostal Warszawa a zaniechania zamawiającego spowodowały, że koniecznym będzie powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym postępowaniu. Izba, orzekając o kosztach, uwzględniła również postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: