

Sygn. akt: KIO 3077/20 KIO 3084/20

WYROK

z dnia 16 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 roku przez wykonawców:

A. **ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Jesionka 942, 36-002 Jesionka (sygn. akt KIO 3077/20),

B. **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** ul. Bodycha 73A, 05-816 Reguły (sygn. akt KIO 3084/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Firma Remontowo-Budowlana MAL-POL K. W., Zakład Usług Inżynierskich K. R. Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ZIS Łuka Spółka jawna** siedzibą dla lidera w Siedlcach, ul. Targowa 7a, 08-110 Siedlce zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3084/20 po stronie Zamawiającego

B. **ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Jesionka 942, 36-002 Jesionka zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3084/20 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 3077/20 i KIO 3084/20;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jesionka 942, 36-002 Jesionka na rzecz Zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od Odwołującego Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Bodycha 73A, 05-816 Reguły na rzecz Zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Siedlcach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3077/20 KIO 3084/20

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja Budynku głównego Szpitala w Rudce”, numer referencyjny: FZP.2810.21.2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2020/S 149-364360 z dnia 4 sierpnia 2020 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2020 r.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2020 r. przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Firma Remontowo-Budowlana MAL-POL K. W., Zakład Usług Inżynierskich K. R., Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ZIS Łuka Spółka jawna z siedzibą dla lidera w Siedlcach (dalej: „Konsorcjum MAL-POL”). W dniu 2: listopada 2020 r. wykonawcy: ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jesionce (dalej: „Odwołujący ERBUD”) w sprawie sygn. akt KIO 3077/20 oraz Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach (dalej: „Odwołujący Climamedic”) w sprawie sygn. akt KIO 3084/20 wnieśli odwołania, w których zakwestionowali m.in. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 3077/20

Odwołujący ERBUD zarzucił Zamawiającemu:

1)w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MAL-POL i w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum MAL-POL naruszenie:

-art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MAL-POL w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu;

- art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum MAL-POL, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

ewentualnie

art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum MAL-POL, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

-art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2) PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MAL- POL, mimo że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;

-art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum MAL-POL jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany Wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona;

2)w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MAL-POL i w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL naruszenie:

-art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MAL-POL w sytuacji gdy jego oferta powinna zostać odrzucona;

-art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wskazany Wykonawca wniósł prawidłowo w przedmiotowej sprawie wadium i poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy mimo tego, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

-art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy mimo tego, że oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny skutkujący koniecznością odrzucenia tej oferty;

-art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że złożona oferta Konsorcjum MAL-POL jest zgodna z treścią SIWZ, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ i poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy mimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

3)w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu naruszenie:

-art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez wskazanego Wykonawcę zaświadczenia wydanego w dniu 23.09.2020 r. przez PKO Bank Polski S.A w zakresie posiadania wymaganej zdolności kredytowej przez MAL-POL Sp. z o.o.;

4)w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania Wykonawcy Konsorcjum MAL-POL oraz Konsorcjum K. P. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie przyczyn zastosowania przez tych Wykonawców przyjętych przez nich stawek podatku VAT naruszenie:

-art. 87 ust. 1 PZP poprzez brak wezwania wskazanych Wykonawców do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie przyczyn zastosowania przyjętych przez tych Wykonawców stawek podatku VAT mimo wystąpienia rozbieżności w cenach wskazanych przez tych Wykonawców w stosunku do wskazanych przez nich stawek podatku VAT i mimo wystąpienia przesłanek uzasadniających takie wezwanie:

-art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia stawek podatku VAT w ofertach wykonawców, którzy ewidentnie zaferowali stawki podatku VAT odmienne niż Zamawiający uznaje za prawidłowe, a mimo to nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień, podczas gdy oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący ERBUD wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum MAL-POL;

2)dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;

3)ewentualnie - wezwania Konsorcjum MAL-POL do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;

4)wezwania Konsorcjum MAL-POL oraz Konsorcjum K. P. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie przyczyn zastosowania przez tych wykonawców przyjętych przez nich stawek podatku VAT;

5)wykluczenia Konsorcjum MAL-POL z postępowania;

6)odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum MAL-POL,

oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w Rozdziale II SIWZ pkt 1 ppkt 2) ustanowił, jako warunek udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, następujący wymóg: *Wykonawca będzie posiadał środki finansowe lub zdolność kredytowa*

na kwotę nie mniejsza niż 15.000.000 zł

Lider Konsorcjum MAL-POL - MAL-POL Sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia wskazanego warunku przedłoży zaświadczenie z banku PKO BP S.A. z dnia 23.09.2020 r. (nr pisma ZV51-ZM-054-12A5B1DC7/2020) informujące, że „Firma może ubiegać się w naszym Banku o kredyt w kwocie 18 500 000,00 PLN. Bank nie informuje w tym oświadczeniu o zdolności kredytowej posiadanej przez wykonawcę, co jest standardem w tego rodzaju zaświadczeniach banków. Bank informuje jedynie, że wykonawca może „ubiegać się o kredyt”, jak każdy potencjalny klient banku. Tak sformułowane stwierdzenie zgodnie z zasadami logiki, wykładni językowej i specyfiki procedur bankowych powinno zostać zinterpretowane wprost i wyłącznie jako oświadczenie banku, że w oparciu o znaną bankowi sytuację klienta, klient może ubiegać się w banku o kredyt do wskazanej w nim kwoty. Tym samym bank nie wykonał czynności składających się na dokonanie przez bank oceny zdolności kredytowej klienta, ograniczając się wyłącznie do wyznaczenia górnego limitu, do wysokości którego gotowy byłby w ogóle rozpatrzyć wnioski o udzielenie kredytu. Powyższy tok rozumowania wzmacnia dodatkowo kolejne zdanie z zaświadczenia, które wymienia posiadanie zdolności kredytowej wśród innych warunków niezbędnych do zaciągnięcia zobowiązania, a zatem referuje do zdarzenia przyszedłego, niepewnego. W związku z powyższym nie sposób uznać, że Konsorcjum MAL-POL sp. z o.o. posiada zdolność kredytową na określonej w zaświadczeniu kwotę, ponieważ zdolność taka nie była nawet przez bank - wystawcę badana, ergo nie spełnia warunku sformułowanego przez Zamawiającego w Rozdziale II ust. 1 pkt 2 lit. b SIWZ. Zawartość opinii bankowych wypracowana jest w praktyce, często zależna od celu w jakim klient sięga po taki dokument i oczekiwań ostatecznego odbiorcy takiej opinii, jednak przy pewnej dozie uogólnienia można wskazać informacje, które wypracował rynek bankowy i jego klienci, a które bezwzględnie powinny znaleźć się na takim dokumencie. Klienci często posiadają bardzo różne produkty, kilka produktów w jednym banku, kilka produktów w kilku bankach, itp., a zatem zakres informacyjny opinii bankowej może się zasadniczo różnić. Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia postulowane byłoby uzupełnienie informacji PKO BP S.A. w zaświadczeniu dla MAL-POL sp. z o.o. (pomijając datowniki, podpisy i inne oczywiste informacje) co najmniej o:

- 1) okres współpracy MAL-POL sp. z o.o. z bankiem PKO BP S.A.;
- 2) ilość i rodzaj posiadanych rachunków bankowych;
- 3) salda środków dostępnych na w/w rachunkach (ewentualnie obroty - w praktyce podawane w konkretnych kwotach bądź „okrągłych” wyrażeniach typu "kwota siedmiocyfrowa" itp.) będących w dyspozycji spółki (wymaganie płynące bezpośrednio z SIWZ);
- 4) potwierdzenie posiadania przez MAL-POL sp. z o.o. zdolności kredytowej (bądź jej braku) na kwotę co najmniej 15 mln zł (wymaganie płynące bezpośrednio z SIWZ). Z pewnością jednak wiarygodności klienta przysłużyłoby się rozszerzenie treści o informacje dodatkowe, takie jak:
- 5) wskazanie posiadanych produktów bankowych o charakterze kredytowym z datami ich zawarcia, kwotami pozostałymi do spłaty, czasem wysokością raty (w zależności od produktu), przyjętymi zabezpieczeniami i historią obsługi (tj. brakiem opóźnień w spłacie), etc.;
- 6) wskazanie innych posiadanych zobowiązań (bądź ich braku) takich jak gwarancje, poręczenia, akredytywy itp.;
- 7) potwierdzenie braku zajęć egzekucyjnych i/lub blokad.

Z przedłożonego dokumentu nie wynika, że Konsorcjum MAL-POL posiada zdolność kredytową na wymaganym poziomie, ale wynika jedynie, że może złożyć wniosek o przyznanie kredytu i dopiero wówczas zostanie zbadana jego zdolność. Jest to niewystarczające dla oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Treść zaświadczenia banku powinna budzić uzasadnione wątpliwości po stronie Zamawiającego i powinna być przedmiotem żądania wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Konsorcjum MAL-POL. Zamawiający jednak bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czym naruszył przepisy ustawy PZP. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum MAL-POL, mimo iż ten wykonawca na chwilę obecną nie wykazał się spełnieniem ww. warunku. Przepis art. 70 PrBank zawiera przesłanki, jakie muszą być spełnione, aby bank mógł udzielić kredytu. Wskazany przepis zawiera definicję zdolności kredytowej, przez którą ustawodawca rozumie zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Posiadanie tej zdolności przez kredytobiorcę jest pozytywną przesłanką do zawarcia umowy przez bank. W razie jej braku bank nie powinien udzielić kredytu. Ustawodawca nakłada na potencjalnego kredytobiorcę obowiązek przedłożenia, na żądanie banku, dokumentów i informacji niezbędnych do dokonania oceny zdolności kredytowej. Bank może również samodzielnie zbadać tę zdolność na podstawie posiadanych danych lub tych, które są powszechnie znane lub dostępne mu na podstawie przepisów. Zakres wymaganych przez bank informacji koniecznych do analizy zdolności kredytowej kredytobiorcy zależy od okoliczności faktycznych danej sprawy, przede wszystkim od rodzaju kredytu i osoby kredytobiorcy. W art. 70 ust. 2 PrBank ustawodawca przewidział możliwość udzielenia kredytu osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, o ile posiada zdolność prawną, która nie legitymuje się jednak zdolnością kredytową, pod warunkiem że ustanowi ona szczególnie sposób zabezpieczenia spłaty kredytu i przedstawi, niezależnie od tego zabezpieczenia, program naprawczy, którego realizacja zapewni - według oceny banku - uzyskanie zdolności kredytowej w określonym czasie. W przepisie mowa jest szczególnie o zabezpieczeniu. Nie wystarczy więc zabezpieczenie standardowo wymagane (stosowane przez bank) dla kredytu określonego rodzaju. Dodatkowo, analiza dostępnych sprawozdań finansowych spółki MAL-POL Sp. z o.o. za 2018 i 2019 rok wskazuje jednoznacznie, że spółka Mal-Pol Sp. z o.o. nie posiada środków własnych w kwocie 15 mln zł, a jej sytuacja finansowa, choć stabilna, to biorąc pod uwagę wielkość i skalę działalności spółki, nie jest wystarczająca do uzyskania kredytu w wysokości 18 mln zł. Wymóg zdolności finansowej w wysokości 15 mln PLN zawarty w SIWZ i jego spełnienie miało umożliwić ubieganie się o zamówienie (uczestnictwo w tym przetargu na zasadzie spełnia/nie spełnia), a nie odwrotnie, jak to chciałoby interpretować Konsorcjum MAL-POL, że dopiero zawarcie tego kontraktu pozwoli uzyskać mu odpowiednią zdolność kredytową post factum.

Zaświadczenie z banku PKO BP S.A. jest o bardzo dużym stopniu ogólności, z którego wynika jedynie, że spółka MAL-POL Sp. z o.o. jest uprawniona do ubiegania się o kredyt, ale nie wynika w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że spółka ta posiada zdolność kredytową na poziomie minimum 15.000.000 zł. Mimo to Konsorcjum MAL-POL posłużyło się wskazanym zaświadczeniem w jednoznacznym celu - wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale II ust. 1 pkt 2 lit. b SIWZ. Wykonawca, jako profesjonalista, znał sytuację ekonomiczną i finansową własnej

spółki, dlatego powinien zdawać sobie sprawę, że mimo stwierdzenia banku o możliwości ubiegania się o kredyt we wskazanej wysokości, faktycznie takiego kredytu nie uzyska, ponieważ nie posiada zdolności kredytowej na poziomie 18.500.000 zł, co m.in. wynika ze sprawozdań finansowych opracowanych przez samego wykonawcę. Tym samym Wykonawca, wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Ewidentnie więc Wykonawca, składając zaświadczenie z banku, uczynił to celowo aby wykazać się odpowiednią sytuacją ekonomiczną i finansową. Wykonawca co najmniej nie dochował minimum należytej staranności i nie zweryfikował oświadczenia złożonego w tym zaświadczeniu pod kątem posiadanej zdolności kredytowej. Jak wynika z orzecznictwa „należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, by upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości” (wyrok KIO z 1.02.2019 r., sygn. akt KIO 45/19).. Profesjonalny wykonawca powinien znać swoją sytuację finansową. W powołanym orzeczeniu „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Za zasadę należy uznać obowiązek takiego zachowania wykonawcy, który upewnia się co do treści tak istotnego dokumentu jakim jest zaświadczenie z banku. W konsekwencji upewnia się co do możliwości złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia o posiadanej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tym samym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że postępowanie Wykonawcy podpada co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Przy niedbalstwie co podkreśla orzecznictwo, wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i przewidywać skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wystarczające jest uznanie, że skutek taki wykonawca mógł i powinien był przewidzieć. Złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd co do niepodlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z postępowania. Złożenie wskazanych informacji miało bowiem wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania.

Uzasadniając zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum MAL-POL z treścią SIWZ Odwołujący ERBUI wskazał m.in., że Wykonawca ten złożył wraz z ofertą Załącznik nr 3 do SIWZ (oferta cenowo - techniczna), w którym miał wskazać parametry zaoferowanych paneli nadłóżkowych. Wykonawca zaoferował panel typu N270 producenta Tedisel Iberica SL, jednak jak wynika z tabeli zawierającej charakterystykę parametrów wskazanego urządzenia, w pkt 7 tabeli, Wykonawca wskazał jedynie, że panel zawiera oświetlenie elektryczne dolne o mocy 1x24W nie odnosząc się do sposobu jego zapalania. Zamawiający oczekiwał, że wskazane oświetlenie będzie „zapalane z manipulatora instalacji przyzywowej i wyłącznikiem na panelu”. Wykonawca tego nie wykazał, a więc w tym zakresie treść jego oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w sposób jasny i czytelny określił wymagania techniczne w zakresie paneli nadłóżkowych. Brak skonkretyzowania przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami Zamawiającego, opisanii przedmiotu dostawy, (wyrok Izby z 1.10.2020 r. KIO 2018/20). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma bowiem miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, czy też robota budowlana nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego (tak m.in. wyrok z 15.10.2020 r., KIO 2028/20).

Następnie Odwołujący ERBUD wskazał w zakresie zarzutu zaniechania żądania wyjaśnień dotyczących przyjętej stawki podatku VAT i błędnego obliczenia ceny i wynikających z tego konsekwencji, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum MAL-POL, mimo że zawiera ono błędy w obliczeniu ceny i widoczne nieprawidłowości w zakresie stawki podatku VAT, których Zamawiający nawet nie wyjaśnił. Zamawiający natomiast odrzucił ofertę Odwołującego za rzekomo nieprawidłową stawkę podatku VAT, a odnośnie ofert innych wykonawców zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności. Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego podczas sprawy KIO 2582/20 wynika, że Zamawiający za prawidłową uznaje ofertę złożoną w oparciu o stawkę 8% VAT na panele nadłóżkowe, które zostały wyszczególnione w Załączniku nr 3 do SIWZ, oraz stawkę podatku VAT 23% na pozostały zakres oferty (zamówienia). Tymczasem Konsorcjum MAL-POL złożyło ofertę, z której, co prawda wynika stawka podatku VAT 8% na panele nadłóżkowe, ale nie wynika, że pozostała część oferty (tj. poza wskazanymi panelami) została objęta stawką 23% podatku VAT. Jak wynika ze szczegółowych obliczeń (tj. porównując kwoty netto do kwot brutto z uwzględnieniem wskazanych stawek podatku VAT), Konsorcjum MAL-POL wskazując stawki podatku VAT 23% i 8% odnosi je w istocie do różnych (a nie tych samych) części przedmiotu zamówienia. Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawca ten wskazał łączną cenę brutto w kwocie 52.777.777,77 zł brutto (tj. 44.204.414,09 zł netto + VAT w kwocie 8.573.363,68 zł), a panele nadłóżkowe wycenił na 2.316.600,00 zł brutto (tj. 2.145.000,00 zł netto + VAT 8% w kwocie 171.600,00 zł). Odejmując jednak od kwoty 52.777.777,77 zł brutto (łączna cena brutto) kwotę 2.316.600,00 zł brutto (cena brutto za panele nadłóżkowe) pozostaje kwota 50.461.177,77 zł brutto, tj. cena pozostałych robót (poza panelami nadłóżkowymi) objętych ofertą, co do której należało przyjąć stawkę VAT 23%. Jednak tak wyliczona kwota w żaden sposób nie przystaje do kwot podanych przez tego Wykonawcę w formularzu ofertowym, ponieważ wskazany Wykonawca w ofercie jako cenę łączną netto wskazał kwotę 44.204.414,09 zł netto, a jako łączną kwotę VAT wskazał kwotę 8.573.363,68 zł. Powyższe oznacza że Konsorcjum MAL-POL zaoferowało stawkę VAT inną niż 23% na elementy przedmiotu zamówienia, które zdaniem Zamawiającego, a także Odwołującego, muszą być bezwzględnie opodatkowane powszechnie obowiązującą w Polsce stawką VAT 23%. Taka „kalkulacja” ryczałtowej ceny oferty brutto przez Konsorcjum MAL-POL w konsekwencji spowodowała jej zaniżenie o kwotę ponad 1,5 mln PLN, a realizacja kontraktu przez tego Wykonawcę doprowadziłaby m.in. do takich uszczupleń podatkowych w tym zaoferowanym zakresie. Odwołujący przedstawił tabelę obrazującą występowanie wskazanych powyżej rozbieżności w ofertach innych wykonawców i stwierdził, że oferta Konsorcjum MAL-POL powinna zostać odrzucona ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Brak wyjaśnienia przez Zamawiającego na jakie elementy Konsorcjum MAL-POL zastosowało preferencyjną 8% stawkę podatku VAT.

Powyższe okoliczności dodatkowo potwierdzają, że Zamawiający nie dokonał szczegółowej weryfikacji stawek podatku VAT zastosowanych przez poszczególnych wykonawców. Nadto zasadnym było przed dokonaniem ewentualnego odrzucenia jakiegokolwiek oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny wynikający z przyjęcia rzekomo nieprawidłowej stawki podatku VAT, w pierwszej kolejności wyjaśnić, z jakich względów konkretni wykonawcy przyjęli konkretne stawki podatku VAT w odniesieniu do konkretnych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Zaniechanie odrzucenia w takich okolicznościach oferty Konsorcjum MAL-POL przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego, stanowi zatem nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zamiast wezwać do wyjaśnień zdecydował się poprawić rzekomo

oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie wykonawcy Konsorcjum Przesmycki, dokonując tych poprawek trzykrotnie w dniach 1.10, 23.10 i 28.10.2020, co stanowi niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej oferty (art. 87 ust. 1 PZP). Wykonawca ten zaferował cały przedmiot zamówienia, tak jak Odwołujący, w oparciu o jednolitą stawkę podatku VAT 23%. Tymczasem Zamawiający uznał, że wskazana przez Konsorcjum Przesmycki w Załączniku nr 3 stawka podatku VAT 8% na panele nadłóżkowe jest wiążąca i należy zmienić treść oferty - Załącznik nr 2 do SIWZ, mimo iż w nim (formularzu oferty) wykonawca wskazał jednolitą stawkę podatku VAT 23% dla całej oferty i w oparciu o taką stawkę obliczył jej cenę brutto. Zamawiający dokonał własnego przeliczenia poprzez uwzględnienie w cenie brutto preferencyjnej stawki podatku VAT 8% na panele nadłóżkowe (ich wartość netto została wskazana przez Konsorcjum P. w Załączniku nr 3 do SIWZ). Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętej stawki podatku VAT, lecz z pominięciem takich wyjaśnień uznał, że wołą Konsorcjum P., wbrew treści jego oferty (Załącznik nr 2 do SIWZ) było objęcie jej stawką zróżnicowaną podatku VAT 23% + 8%. Takie działanie Zamawiającego świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Odwołujący ERBUD podniósł, że Wykonawca ten przedłożył tytułem wadium oświadczenie o poręczeniu z dnia 21.09.2020 r., które zgodnie z § 3 ust. 3 jest udzielone „na okres związania ofertą, tj. od dnia 23.09.2020 roku do dnia 21.11.2020 roku”. Na obecnym etapie, w dniu 20.11.2020 r. wykonawca wydłużył termin ważności wadium do 21.12.2020 r., co jednak nie zmienia faktu, że pierwotna treść wadium była nieprawidłowa i nie zabezpieczała możliwości skorzystania z wadium przez Zamawiającego, co było brakiem nieusuwalnym i za takie uchybienie oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona, a opisanej poniżej nieprawidłowości nie można sanować. 21 listopada 2020 r. wypada w sobotę, a więc dzień, w którym wskazane instytucje finansowe udzielające wadium są zamknięte i nie świadczą swoich usług. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie miał możliwości zgłoszenia żądania wypłaty wadium w ostatnim dniu jej obowiązywania, tj. 21 listopada 2020 r., gdyż w tym dniu ani Poręczyciel ani Gwarant nie pracuje, w tym nie przyjmuje jakichkolwiek wniosków (oświadczeń) do niego kierowanych. Zgodnie z § 4 ust. 1 dokumentu poręczenia przedłożonego przez Konsorcjum MAL-POL, *Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego poręczenia nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3 ust. 3.* a zgodnie § 4 ust. 2 *„Wezwanie do zapłaty wadium skierowane przez Zamawiającego do Poręczyciela powinno być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności”*. Jedyną dopuszczalną formą złożenia żądania zapłaty jest forma pisemna i takie żądanie musi zostać zgłoszone przez Zamawiającego najpóźniej w dniu 21.11.2020 r., w innym wypadku zgodnie z § 3 ust. 4 poręczenie wygasa. W przypadku, gdy zdarzenie powodujące konieczność zatrzymania wadium wystąpi w 60 dniu okresu ważności wadium lub nawet w 59 dniu okresu ważności wadium, tj. w piątek po godz. 16.00, to Zamawiający nie będzie miał fizycznej możliwości skorzystania z tego wadium, gdyż nie będzie możliwe złożenie żądania wypłaty wadium w dniu w którym wszystkie placówki Poręczyciela nie są czynne. Zgodnie bowiem z art. 61 KC oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Tymczasem oświadczenie o wypłacie wadium zarówno odnośnie Konsorcjum MAL-POL nie ma możliwości dojść do adresata w dniu 21.11.2020 r. tak aby mógł zapoznać się z jego treścią. Co więcej, odnośnie Konsorcjum Przesmycki takie żądanie musiałoby zostać złożone na co najmniej kilka dni przed upływem ważności gwarancji (z uwagi na wymóg dostarczenia listem poleconym). Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Poręczyciela, pracuje on wyłącznie od poniedziałku do piątku do godz. 16.00. Powyższy sposób realizacji żądania wypłaty z gwarancji faktycznie pozbawia Zamawiającego możliwości zgłoszenia go w dniu 20 (po godzinie 16.00) lub 21 listopada 2020 r., podczas gdy Zamawiający ma prawo również w tym dniu zgłosić żądanie wypłaty wadium. W innym przypadku wadium faktycznie zabezpiecza okres krótszy niż 60 dni związania ofertą. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 16.05.2017 r. w sprawie o sygn. KIO 802/17 i stwierdził, że wadium przedłożone przez Konsorcjum MAL-POL zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co stanowi o obowiązku odrzucenia takiej oferty.

Pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na powyższe odwołanie wnosząc o jego odrzucenie, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku, o oddalenie odwołania.

Zamawiający m.in. wskazał, że Odwołujący ERBUD nie legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie jest już uczestnikiem postępowania. Odwołanie od czynności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę, zostało oddalone wyrokiem Izby z dnia 30 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2582/20. To, że na powyższy wyrok została złożona przez Odwołującego skarga do Sądu Okręgowego na chwilę obecną nie uprawnia go do udziału w dalszym postępowaniu i nie oznacza możliwości poniesienia szkody na skutek wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Zamawiający wskazał, że część zarzutów została uprzednio rozstrzygnięta ww. wyrokiem, a część jest spóźniona. Odwołujący nie ma możliwości uzyskania zamówienia, stąd wnioski o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 lub na podstawie art. 189 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na stan powagi rzeczy osądzonej. Odwołujący posiadał dostęp do ofert konkurencyjnych odpowiednio od dnia 29 września 2020 r., 5 i 20 października 2020 r. W związku z tym zarzuty dotyczące odrzucenia lub wyjaśnienia ofert Konsorcjum MAL-POL oraz Konsorcjum Przesmycki, zawarte w części III pkt 2 i 4 odwołania, są spóźnione. W ocenie Zamawiającego Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w ww. wyroku Izby, dotyczącego tego samego postępowania i tego samego Odwołującego. Dotyczy to zarzutów odnośnie Konsorcjum MAL-POL oraz Konsorcjum P., zawartych w części III pkt 2 i 4 odwołania, w tym odnoszących się do wadium, błędów w obliczeniu ceny, zaniechania wyjaśnień, nierównego traktowania wykonawców. Z uwagi na zasadę koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić wnosząc poprzednio odwołanie na badanie i ocenę ofert. Ponadto Zamawiający podniósł, że na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. w ww. sprawie KIO 2582/20 został podniesiony zarzut nierównego traktowania wykonawców w oparciu o ofertę Konsorcjum P., na której Zamawiający zobowiązał się do poprawienia omyłki, co nastąpiło w dniu 28 października 2020 r. Zamawiający złożył wyjaśnienia dotyczące oferty tego wykonawcy, co oznacza, że Odwołujący najpóźniej na rozprawie, pozyskał wiedzę o poprawności oferty Konsorcjum P. .

Wskazując, iż czyni to z ostrożności, Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania, stwierdzając, że są nieuzasadnione. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał m.in., że jego zdaniem z treści zaświadczenia Banku PKO BP SA z dnia 23 września 2020 r. wynika, że Konsorcjum MAL-BUD posiada zdolność kredytową do kwoty 18 500 000,00 zł, tj. większą niż wymagana w SIWZ. Wydając zaświadczenie o możliwości ubiegania się o kredyt w ww. wysokości Bank kierował się własną procedurą badania zdolności kredytowej w oparciu o dostępne mu informacje o

klencie. Nie oznacza to, że na dzień podejmowania konkretnego zobowiązania kredytowego, nie badałby aktualnej sytuacji finansowej klienta.

Zamawiający wskazał także, że prawidłowość obliczenia ceny w ofercie Konsorcjum MAL-POL została potwierdzona w uzasadnieniu ww. wyroku Izby w sprawie KIO 2582/20. Analogiczna tabela zawierająca ceny poszczególnych ofert z zaznaczeniem przyjętych w ofertach stawek VAT została bowiem przedstawiona w odwołaniu rozpatrywanym w sprawie KIO 2582/20. Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia nie można uznać za świadczenie kompleksowe. Dotyczy to zarówno stawki VAT dotyczącej paneli nadłożkowych, jak też kwoty VAT, wskazanej w ofercie głównej, w zakresie instalacji gazów medycznych, które po uzyskaniu certyfikatu wymaganego dla wyrobu medycznego, uzyskaniu certyfikacji i odbioru przez Zamawiającego, będą mogły być wyfakturowane w odrębnej pozycji stawką VAT wynoszącą 8%. Ten element zamówienia w SIWZ jest wyraźnie wyodrębniony, o czym świadczy zarówno projekt wykonawczy jak i STWiORB, dedykowane technologii gazów medycznych, co oznacza, że wykonanie gazów medycznych mogło być zlecone w następstwie odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto kwalifikacja instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego podkreślona została przez Zamawiającego w projekcie wykonawczym, w pkt 6. Po wykonaniu instalacji zostaje przeprowadzona odrębna procedura odbiorowa, jest przygotowywana odrębna instrukcja użytkownika oraz dokumentacja powykonawcza. W STWiORB zostały m.in. wyodrębnione procedury kontroli jakości robót w zakresie instalacji gazów medycznych. Również nietrafne jest i było podnoszone przez Odwołującego twierdzenie o kompleksowym charakterze świadczenia oparte na twierdzeniu, że usługi głównej (wykonanie robót budowlanych) nie można wykonać lub wykorzystać bez usługi pomocniczej, tj. wykonania instalacji gazów medycznych, bowiem z uwagi na odrębność, wykonanie tej instalacji nie jest niezbędne do realizacji robót budowlanych polegających na przebudowie pomieszczeń, ani też nie wpływa na możliwość korzystania z przebudowanych pomieszczeń. Nie jest tak, że instalacja gazów medycznych służy w tej sprawie wyłącznie wykonaniu towarzyszących jej robót budowlanych i samodzielnie nie jest użyteczna. W umowie przewidziano odbiory częściowe, zatem w harmonogramie rzeczowo-finansowym przewidziany będzie odrębny etap wykonania i odbioru instalacji gazów medycznych, co pozwoli także na uzyskanie stosownego certyfikatu przed odbiorem i wystawieniem faktury. Zarzuty te w ocenie Zamawiającego są więc bezzasadne, niezależnie od tego, że są spóźnione i niedopuszczalne.

Następnie Zamawiający zauważył, że prawidłowość wniesienia przez Konsorcjum MAL-POL wadium została potwierdzona w wyroku KIO 2582/20. Termin upływu gwarancji przypadający na 21 listopada 2020 r. jest terminem 60 dniowym. W przypadku instytucji związania ofertą nie ma znaczenia, czy termin ten upływa w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego przyjęcia, że oferta MAL-POL jest zgodna z treścią SIWZ, Zamawiający stwierdził, że jest on niezrozumiały bowiem wykonawca ten podał w ofercie wszystkie wymagane parametry oferując wymagane włączenie oświetlenia z manipulatora instalacji przyzywowej i wyłącznikiem na panelu.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Sygn. akt KIO 3084/20

Odwołujący Climamedic zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum MAL-POL, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
- 2)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia Konsorcjum MAL-POL pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (dane odnoszące się do wskazanych w wykazie robót budowlanych - poz. 1) i wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd - co skutkowało wrażliwym przez spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w wyniku przedstawienia w toku postępowania nieprawdziwych informacji brak jest możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;
- 3)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia Konsorcjum MAL-POL, które nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (poz. 3 wykazu robót - brak potwierdzenia należytego wykonania), jak również zdolności technicznej i kadrowej odnoszącej się do osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia (kierownik budowy w zakresie okresu doświadczenia na tym stanowisku), jak również warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (zdolność kredytowa);
- 4)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL, która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca zamiast dokumentów pochodzących od producenta złożył na potwierdzenia, że oferowane panele medyczne odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, dokumenty przygotowane przez dystrybutora;
- 5)art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL, która to oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w postaci zastosowania nieznannej ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawki podatku VAT;
- 6)art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum P., która to oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w postaci zastosowania jednolitej podstawowej stawki podatku VAT dla całego zamówienia, która to okoliczność została zakwestionowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30.10.2020 r. sygn. akt KIO 2582/20 i jednocześnie przez dokonanie w sposób nieuprawniony poprawienia przez Zamawiającego, pismami z dnia 23 i 28 października 2020 r., oczywistych omyłek rachunkowych, które nie miały takiego charakteru i stanowiły de facto podstawę do zmiany oświadczenia woli tego wykonawcy zawartego w treści formularza ofertowego. (w zakresie zmiany oferty Konsorcjum P. -pisma Zamawiającego z dnia 23 i 28 października 2020 r.-) Odwołujący powziął informacje w dniu 17.11.2020 r. - po realizacji wniosku z dnia 13.11.2020 r. o udostępnienie ofert konkurencji).

alternatywnie:

6)z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie nie uwzględniła zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Konsorcjum MAL-POL oraz odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak również w przypadku nie uwzględnienia zarzutów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do uzupełnienia dokumentów lub złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Climamedic wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania;
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum MAL-POL oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum MAL POL na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również wnosząc o odrzucenie oferty Konsorcjum P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub wnosząc o nakazanie Zamawiającemu (w ramach alternatywnego zarzutu) wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL POL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i/lub wezwania do złożenia wyjaśnień, (zarzut alternatywny odnosi się tylko i wyłącznie do zarzutów skierowanych wobec wykonawcy Konsorcjum MAL POL);
- 3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4)przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie;
- 5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

W uzasadnieniu zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 (poz. 1 wykazu - Galeria Siedlce) Odwołujący Climamedic wskazał, że Zamawiający w Rozdziale II SIWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia” oraz w Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanej „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” podsekcji III. 1) „Warunki udziału” III. 1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji: wskazał, iż wymaga, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w zakresie zrealizowania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie, lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o łącznej wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 PLN brutto i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m²,
- co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej prace na obiekcie podlegającym ochronie konserwatorskiej o powierzchni użytkowej minimalnej 1 000 m² i wartości zamówienia nie mniejszej niż 6 000 000,00 PLN brutto,
- co najmniej jednej roboty budowlanej na obiekcie podlegającym ochronie konserwatorskiej w zakres, których prac wchodziły roboty archeologiczne i wykopaliskowe o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 PLN brutto.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.10.2020 r. wykonawca Konsorcjum MAL- POL, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, przedstawił w wykazie zrealizowanych robót budowlanych (dalej wykaz robót) nieprawdziwe informacje w odniesieniu do poz. 1 tego wykazu (Przebudowa starej części Galerii Siedlce przy ul. Wojskowej w Siedlcach). W powyższym zakresie Konsorcjum MAL- POL złożyło oświadczenia wiedzy, które są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy w zakresie terminu realizacji oraz parametru powierzchni u użytkowej. Natomiast w zakresie poz. 3 wykazu robót wykonawca ten nie potwierdził i nie jest w stanie wykazać należytego wykonania zamówienia.

W zakresie poz. 1 wykazu robót z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynika, iż realizacja zadania pn. Przebudowa starej części Galerii Siedlce przy ul. Wojskowej w Siedlcach została zakończona w roku 2008, a nie jak wskazał wykonawca Konsorcjum MAL-POL w roku 2016. Obiekt ten bowiem składa się z dwóch części - starej i nowej. Nowa część została zaś oddana do użytkowania w roku 2014. (DOWÓD: artykuł pt.: „Konstanty Struś otworzył galerię. W Siedlcach” - źródło: Kurier poranny z dnia 28.03.2014 r. źródło:) Informacja o otwarciu Galerii w Siedlcach w dniu 29 marca 2014 r. znajduje się również na stronie Przedsiębiorstwa Budowlanego K. S. . Jednocześnie na tej samej stronie pod datą 01.04.2014 r. została zamieszczona informacja, że już tydzień po jej otwarciu progi galerii przekroczyło łącznie 70.000 klientów. (Dowód: print screen informacji pt.: „Wielkie otwarcie Galerii Siedlce!” 29.03.2014 r. oraz „Udane zakupy w Galerii Siedlce” ,01.04.2014 r. - aktualności źródło:). Poza powyższymi dowodami Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów uzyskanych od Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Siedlcach (dalej „PINB”). Organ ten brał udział w procesie inwestycyjnym i wraz z Prezydentem Miasta Siedlce wydawał, nie tylko decyzje o pozwoleniu na użytkowanie obu części, (starej i nowej) Galerii Siedlce, ale również pozwolenia na użytkowanie tego obiektu - a więc decyzji wskazującej na zakończenie jakichkolwiek robót budowlanych na obiekcie i tym samym umożliwiającej jego normalne użytkowanie zgodnie z jego przeznaczeniem. Z dokumentów tych wynika, że na obiekcie nowej części Galerii Siedlce po 2014 nie były prowadzone żadne roboty budowlane, zaś w starej części zostały zakończone w 2008 r. Dodatkowo, poza terminami realizacji robót, wykonawca Konsorcjum MAL-POL przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie powierzchni użytkowej obiektu, która według informacji PINB wynosiła 3838,4 m² a nie „(...) nie mniej niż 5.000 m²” jak wskazał w poz. 1 wykazu ww. wykonawca. (Dowód: wykaz wykonanych robót budowlanych złożony w postępowaniu przez Konsorcjum MAL POL (zał. nr 5 - w aktach postępowania), jak również korespondencja z Powiatowym Inspektoratem Nadzoru Budowlanego w Siedlcach (pismo z dnia 19.11.2020 r.) oraz decyzje administracyjne odnoszące się do obiektu Galerii Siedlce wraz ze wskazaniem charakterystycznych parametrów obiektu i wskazaniem terminów rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych na tym obiekcie. W zakresie starej części

objektu: odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej (pismo z dnia 19.11.2020 r.), w której PINB określa całkowitą powierzchnię użytkową starej części galerii (ostatnie zdanie) oraz wskazuje jakiego obiektu dotyczą przekazane kopie decyzji (w wersji zanonimizowanej); decyzja z dnia 16.03.2005 (zatwierdzenie projektu budowlanego), decyzja z dnia 22.04.2005 (pozwolenie na użytkowanie), decyzja z dnia 24.04.2006 (pozwolenie na budowę), decyzja z dnia 20.10.2008 (zmiana wyżej opisanej decyzji o pozwoleniu na budowę), decyzja z dnia 08.12.2008 (pozwolenie na użytkowanie I i II piętra i klatki schodowej), decyzja z dnia 29.12.2008 (pozwolenie na użytkowanie piwnicy i budynku). W zakresie nowej części obiektu: decyzja z dnia 18.11.2011 (zatwierdzenie projektu budowlanego i udzielenie pozwolenia na budowę), decyzja z dnia 20.03.2014 (pozwolenie na użytkowanie). Dodatkowo, jak wynika z informacji uzyskanej od PINB żadne inne dokumenty (w szczególności w latach 2014 – 2016) nie były zgłaszane do PINB w związku z tym obiektem, za wyjątkiem wniosku i decyzji z dnia 07.11.2018 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. (Dowód: decyzja z dnia 07.11.2018 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Powyższe oznacza, że wykonawca Konsorcjum MAL-POL przedstawił w toku postępowania w DOZ. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych informacji nieprawdziwe w zakresie terminu realizacji oraz parametrów obiektu - powierzchni użytkowej), czym wprowadził w błąd Zamawiającego, czynność ta miała wpływ na wynik postępowania, gdyż to oferta Konsorcjum MAL-POL została uznana za najkorzystniejszą.

Odwolujący zwrócił uwagę, że decyzja o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie z dnia 20.03.2014 r. dla nowej części Galerii Siedlce jest zbieżna z ww. komunikatami prasowymi oraz informacjami znajdującymi się na stronie internetowej Przedsiębiorstwa Budowlanego K. S. . A więc roboty budowlane odnoszące się do starej części Galerii Siedlce zostały zrealizowane w okresie 2006 - 2008, zaś nowej części w roku 2014. W toku postępowania wykonawca Konsorcjum MAL-POL na wezwanie Zamawiającego przedstawił dokument wystawiony przez Inwestora, którym było Przedsiębiorstwo Budowlane K. S. .(Dowód: list referencyjny z dnia 07.06.2018 r.) - właściciel tego obiektu oraz zleceniodawca i inwestor robót remontowo - budowlanych na tym obiekcie.

W dalszej części uzasadnienia ww. zarzutów Odwołujący Climamedic wskazał, że Wykonawca Konsorcjum MAL-POL w wykazie robót odmiennie od rzeczywistego stanu rzeczy przedstawiło termin realizacji (poz. 1 wykazu: termin realizacji od 2014 do 2016) i powierzchnię użytkową obiektu. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wykonawca Konsorcjum MAL-POL przedstawił informacje nieprawdziwe i wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do jego doświadczenia. Mając świadomość, że termin realizacji zamówienia był odmienny od zadeklarowanego dla Galerii w Siedlcach i inne były parametry tego obiektu w zakresie powierzchni użytkowej, działanie tego wykonawcy miało na celu wywołanie u Zamawiającego wrażenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Było to działanie celowe wpisujące się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem uznał, że wykonawca Konsorcjum MAL-POL spełnia warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie działanie tego wykonawcy miało wpływ na wynik postępowania, gdyż jego oferta w ostateczności została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący Climamedic przywołał wyrok Izby z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 i stwierdził, że przedstawi dowody spoza postępowania wykazujące, że zakres przedmiotowy robót z poz. 1 wykazu i termin jej wykonania, jak również jego należyte wykonanie nie odpowiadają informacjom przedstawionym Zamawiającemu przez wykonawcę Konsorcjum MAL-POL (termin zakończenia zadania nr 1 wykazu miał miejsce 8 lat wcześniej niż wskazany, tj. w roku 2008, zaś powierzchnia użytkowa obiektu nie była wyższa niż 5,000 m²), a także wskazał na kwestię należytej staranności przy prezentowaniu przez wykonawców informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stwierdził, że obowiązkiem wykonawcy Konsorcjum MAL-POL było przedstawienie rzeczywistych zakresów, terminów i parametrów wskazanych w wykazie inwestycji. Przedstawienie przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych informacji i ich wpływ na wynik tego postępowania, będący szeregiem działań i decyzji podejmowanych przez zamawiającego, jest kluczowym elementem podlegającym ocenie.

W podsumowaniu tego zarzutu Odwołujący Climamedic stwierdził, że Konsorcjum MAL-POL miało pełną świadomość jaki zakres przedmiotowy miały usługi wskazane w wykazie (dotyczy poz. nr 1), gdyż dokumenty potwierdzające ten fakt zostały wystawione na rzecz jednego z członków Konsorcjum. Nie mógł on jednak realizować robót remontowych Galerii Siedlce do roku 2016, gdyż ich realizacja dla starej części zakończyła się w roku 2008, zaś dla nowej części w roku 2014. Wątpliwe jest również, czy F.R.B MAL-POL K. W. realizował jakiegokolwiek roboty budowlane na tym obiekcie. Okoliczność przedstawienia nieprawdziwych informacji (a tym samym wprowadzenie Zamawiającego w błąd) uniemożliwia wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, gdyż jak wynika z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa informacje nieprawdziwe nie mogą być „zastępowane” informacjami prawdziwymi przy wykorzystaniu instytucji uregulowane w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Odwołujący Climamedic wskazał, że wiąże go z brakiem wykazania przez Konsorcjum MAL-POL wymaganej zdolności kredytowej oraz doświadczenia w zakresie poz. 3 wykazu robót dotyczącej Zamku w Liwie, a także doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwolujący podniósł, że w Rozdziale II SIWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia” oraz w Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanej „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” podsekcji III. 1) „Warunki udziału” III.1.2) Sytuacja ekonomiczna i finansowa Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji: Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony jeśli Wykonawca będzie posiadał: środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż: 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnaście milionów zł 00/100 gr), Polisę OC lub inny dokument potwierdzające, że jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę: 10 000 000,00 PLN (słownie: dziesięć milionów zł 00/100 gr) oraz ponownie przytoczył postanowienia Sekcji III. 1.3) ogłoszenia. Wskazał także, że w rozdziale II SIWZ Zamawiający wymaga przedstawienia dowodów, że wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu roboty budowlane zostały wykonane należyście, zaś w pkt 1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe wymagał, aby Wykonawca dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającymi kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie, niezbędne do wykonania zamówienia: osobą, mającą pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń, oraz minimum 3-letnie doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy. Ponadto musi posiadać co najmniej 18- miesięczne doświadczenie na stanowisku kierownika budowy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub zaświadczenie konserwatora zabytku,

Następnie Odwołujący Climamedic stwierdził, że w zakresie dokumentów przedstawionych na potwierdzenie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie nie niższym niż 15.000.000 zł wykonawca Konsorcjum MAL- POL złożył zaświadczenie wystawione przez PKO Bank Polski S.A. z dnia 23.09.2020 r., w którego treści zostało wskazane, że MAL- POL Spółka z o.o. może ubiegać się w banku o kredyt w kwocie 18.500.000 zł, jednakże z tego dokumentu nie wynika, że przedsiębiorca ten posiada „zdolność kredytową” w takiej wysokości. W kolejnej części tego dokumentu zostało wskazane, „(...) że zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym w ww. kwocie uzależnione jest od spełnienia wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO Banku Polskim, oraz posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym. (Dowód: zaświadczenie z dnia 23.09.2020 r. wystawiona przez PKO Bank Polski). Powyższe oznacza, że wystawca tego dokumentu nie potwierdza zdolności kredytowej MAL-POL Spółka z o.o., który to wymóg wynikał literalnie z treści ustanowionego w postępowaniu warunku. Z dokumentu tego nie wynika również, że został on wystawiony w związku z ubieganiem się przez tego wykonawcę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - co mogłoby z daleka posuniętej ostrożności stanowić podstawę do przyjęcia, że Bankowi został przedstawiony wymóg ujęty w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Wówczas można by założyć, że wydane zaświadczenie odnosi się do pojęcia „zdolności kredytowej” a nie jak wskazano w tym dokumencie „możności ubiegania się o kredyt”. Z punktu widzenia treści art. 70 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo bankowe o kredyt może się ubiegać każdy, nawet podmiot nie posiadający żadnej zdolności kredytowej - nie jest to jednak tożsame z pojęciem „zdolności kredytowej”, przez które rozumieć należy „(...) zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w ustawie”. Tym samym przedstawione przez Konsorcjum MAL-POL zaświadczenie nie wpisuje się w literalną treść warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w jego ocenie sytuacja ekonomiczna MAL-POL Spółka z o.o. nie pozwala na uzyskanie zdolności kredytowej w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. MAL-POL Spółka z o.o. powstała w 2015 roku, działalność de facto rozpoczęła w roku 2016. Spółka swoje usługi opiera na współpracy z podwykonawcami, wskazuje na to wysoki poziom kosztów usług w rachunku wyników w poszczególnych latach. Spółka, w ramach posiadanego majątku na koniec 2019, posiadała grunty (wartość 817 336 zł), urządzenia i maszyny (41 900 zł) oraz środki transportu (115 403,17). Tak więc taka wartość majątku trwałego nie jest absolutnie zabezpieczeniem dla finansowania na poziomie 18 mln zł. Weryfikując zdolność kredytową banki opierają się na wskaźniku EBITDA czyli zysk operacyjny pomniejszony o amortyzację. Z takimi wynikami finansowymi spółka ta mogłaby liczyć na kwotę kredytu w wysokości ok 1 mln zł. Banki przeliczają to w ten sposób: EBITDA za pełny rok x 3,5 czyli w tym przypadku jest to kwota 1 021 966,54 zł. Jest to jednak założenie na granicy ryzyka. Wskaźnik zadłużenia netto do EBITDA mówi o zdolności firmy do spłaty zadłużenia zyskami operacyjnymi. Jego wartości odpowiadają na pytanie: za ile lat spółka potrafiłaby spłacić całość zadłużenia z zysków operacyjnych. Powszechnie przyjęło się, że jego wartości powyżej 3 - 3,5 są oznaką nadmiernego zadłużenia i nadmiernego lewarowania się spółki, które, przy pogorszeniu się koniunktury na rynku, mogłoby doprowadzić do dużych problemów finansowych (źródło: [SindicatNEThttps://sindicat.net/bazsl_wiedzy/wskazniki-struktury-kapitalu-i-wyplacalnosci/wskaznik-zadluzenia-netto-do-ebitda](https://sindicat.net/bazsl_wiedzy/wskazniki-struktury-kapitalu-i-wyplacalnosci/wskaznik-zadluzenia-netto-do-ebitda)).

Wskaźnik wiarygodności kredytowej określa, ile razy zysk przed opodatkowaniem i zapłaceniem odsetek, łącznie z odpisami amortyzacyjnymi, czyli EBITDA, pokrywa roczne spłaty rat kredytu wraz z odsetkami. Wskaźnik wiarygodności kredytowej informuje, w jakiej relacji przedsiębiorstwo jest w stanie zapewnić spłatę kredytu i odsetek z generowanego zysku operacyjnego powiększonego o amortyzację i deprecjację. Przyjmuje się, że wskaźnik ten nie powinien być niższy od 1,3, gdyż wtedy przedsiębiorstwo nie powinno mieć już trudności ze spłatą kredytów. Za optymalny poziom wskaźnika uznaje się wielkość 2,3. Wartość akceptowalnego poziomu tego wskaźnika jest determinowana m.in. poprzez moment cyklu koniunkturalnego, wiek przedsiębiorstwa, branżę, w której działa przedsiębiorstwo, polityki kredytowej banku (J. Śliwa: *Finanse przedsiębiorstwa. Teoria i praktyka*, t. 1. Kielce: IPIS, 2004. ISBN 83-88432-26-5). (Dowód: sprawozdanie finansowe MAL POL Spółka z o.o. źródło: Przeglądarka e- sprawozdań finansowych w formacie XML {<https://e-sprawozdania.biz.pl/show/>}). Tym samym wykonawca Konsorcjum MAL-POL nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odnosnie zarzutu niespełnienia warunków wiedzy i doświadczenia w wyniku wskazania w wykazie robót zadania pn. „Przebudowa, adaptacja i modernizacja Zamku Książąt Mazowieckich w Liwie wraz z utworzeniem infrastruktury parku kulturowo-historycznego” (poz. 3 wykazu robót), Odwołujący stwierdził, że zadanie to nie zostało wykonane w sposób należyty przez jego wykonawcę, tj. F.R.B. MAL POL K. W., zaś sam wykonawca tego zadania obecnie znajduje się w sporze sądowym z Zamawiającym - zatem nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II SIWZ (Dowód: pismo inwestora z dnia 20.11.2018 r.). W zakresie poz. 3 wykazu wykonanych robót budowlanych F.R.B. MAL POL K. W. realizował to zadanie na podstawie umowy nr I/D/2017 z dnia 18.10.2017 r. (Dowód: umowa nr I/D/2017 z dnia 18.10.2017 r.) Okoliczności należytego zakończenia ww. zadania nie potwierdza również złożony dokument z dnia 11.10.2019 r. wystawiony przez Muzeum Zbrojownia na Zamku w Liwie, z którego wynika jedynie, że jeden z członków konsorcjum, tj. F. R. B. K. W. współpracował z Muzeum w Liwie w latach 2017 - 2018. Dokument ten określa również zakres zadania i jego wartość, jednakże nie wskazuje jednoznacznie, że wykonawca F. R. B. K. W. zrealizował należycie roboty budowlane. Nie jest to list referencyjny i w treści tego dokumentu nigdzie nie pojawia się wzmianka o należytych wykonaniu i zakończeniu zadania. (Dowód: wykaz wykonanych robót budowlanych - zał. 5 do SIWZ oraz dokument wystawiony przez Muzeum w Liwie z dnia 11.10.2019 r. {w aktach postępowania}, pismo Muzeum Zbrojownia na Zamku w Liwie z dnia 20.11.2018 r.) Termin i harmonogram dla tej inwestycji był wielokrotnie przesuwany (w sumie 3 razy - ostatnia zmiana to termin 20.11.2018 r.), który to termin realizacji nie został jednak dochowany.(Dowód: aneksy nr 3 - 5 do umowy I/D/2017 z dnia 18.10.2017 r. oraz wpis inspektora nadzoru z dnia 20 i 22 listopada 2018 r. - Dziennik budowy Tom II). Termin odbioru dla tego zadania, pomimo zgłoszeń dokonanych przez Kierownika budowy w grudniu 2018 r., był również wielokrotnie przesuwany ze względu na zaniechania wykonawcy F. R. B. MAL POL K. W., co do jakości wykonanych robót (brak usunięcia licznych usterek). (Dowód: wpisy inspektora nadzoru z grudnia 2018 r. - Dziennik budowy Tom II, notatka z dnia 07.12.2018 r. oraz dokumenty zawierające przeglądy prac z dnia 1 i 10 października 2018 r., pismo Inwestora z dnia 20.11.2018 r.). W dniu 28.12.2018 r. Inwestor skierował do wykonawcy F. R. B. MAL POL K. W. pismo o stwierdzonych usterek polegających na nieszczelności stropów piwnic - a więc już po formalnym zakończeniu robót. (Dowód: pismo Inwestora z dnia 28.12.2018 r. oraz protokół odbioru z dnia 14.12.2018r.). Ostateczne potwierdzenie zakończenia robót i usunięcia usterek ze wskazaniem, że budynek nadaje się do użytkowania zostało stwierdzone dopiero w lutym 2019 r. Notatka wskazująca na stan robót po ich zakończeniu została sporządzona w dniu 14.02.2019r. Jak wynika z dokumentacji zadania (notatki i

ustalenia - znajdujące się w pliku Dziennik budowy - Tom II) na str. 18 - 22 na wykonawcę F. R. B. MAL POL K. W. zostały nałożone kary umowne w łącznej wysokości 455.121,95 zł. (Dowód: wpisy do Dziennika budowy - Tom II str. 9 oraz notatka z dnia 14.02.2019r., nota księgową nr 1/2018 z dnia 17.12.2018 r.). Jak wynika z korespondencji pomiędzy Inwestorem a F.R.B. MAL POL K. W. wykonawca robót był zobligowany do współdziałania z nadzorem archeologicznym i w tym zakresie również w trakcie inwestycji dochodziło do licznych nieprawidłowości. (Dowód: pismo Inwestora z dnia 11.01.2018 r. skierowane do F.R.B. MAL POL K. W. (Dziennik budowy Tom I cz. 1) wpisy do Dziennika budowy z miesięcy stycznia i lutego 2018 r.).

W ocenie Odwołującego zadanie to nie zostało wykonane należyście, a zatem złożenia oświadczenia wiedzy przez Konsorcjum MAL-POL w wykazie wykonanych robót nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II SIWZ. Wykonawca nie jest w stanie przedstawić dla tej inwestycji dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, a za taki dokument nie może być uznane pismo Inwestora z dnia 11.10.2019 r. (Dowód: wykaz wykonanych robót budowlanych (zał. nr 5 do SIWZ), Rozdział II SIWZ oraz dokument wystawiony przez Muzeum w Liwie z dnia 11.10.2019 r. (w aktach postępowania). Stąd też realizacja z poz. 3 wykazu robót nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowanie, gdyż tylko wykonanie robót w sposób należyty uprawniałoby wykonawcę do powołania się na to doświadczenie.

Następnie Odwołujący podniósł, że Konsorcjum MAL-POL na potwierdzenie określonego w Rozdziale II SIWZ warunku w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji personelu wskazanego do realizacji zamówienia w dokumencie zatytułowanym "WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA" (dalej: „osób”) z dnia 13.10.2020 r. zał. nr 6 na stanowisko kierownika budowy wskazało w poz. 1 pana K. R., dla którego podano w ramach doświadczenia 4 realizacje z przypisanymi do nich okresami:

- 1) „Rozbudowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii celem stworzenia pracowni gammakamery typu SPECT/CT” VII 2019 - VII 2020 ul. Poniatowskiego 26, 08- 110 Siedlce;
- 2) „Termomodernizacja i przebudowa budynku Urzędu Gminy Wiśniew - etap 111” II 2020 - IX 2020 Wiśniew, ul. Siedlecka 13;
- 3) Prace Remontowo- Budowlane budynku zabytkowego Banku dawnego NBP w Siedlcach przy ul. Piłsudskiego VIII 2015 - X 2016;
- 4) Remont pozostałości dawnej bramy - dzwonnicy położonych przy ul. Starowiejskiej w Siedlcach IX2019-XI 2019.

(Dowód: "WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA" z dnia 13.10.2020 nr 6). Daty realizacji poszczególnych zadań (poz. 1 i 2) pokrywają się, a zatem prawidłowo wyliczony okres doświadczenia dla tej osoby nie może stanowić sumy wszystkich realizacji odrębnie, gdyż taka metoda wyliczenia kluczyłaby się z istotą pojęcia doświadczenia oraz zasadami logicznego rozumowania. Osoba pełniąca jednocześnie funkcje kierownika na kilku inwestycjach nie uzyskuje doświadczenia w wyższym wymiarze. Doświadczenie jest rozciągnięte na linię czasu. Tym samym dla poz. 1 i 2 dla wskazanej osoby należy przyjąć 6 miesięcy doświadczenia zdobytego w 2019 roku i 9 miesięcy doświadczenia zdobytego w roku 2020 (co daje 15 miesięcy dla poz. 1 i 2 wykazu) oraz dla kolejnej pozycji (poz. 3) odrębnie 5 miesięcy doświadczenia zdobytego w roku 2015, 10 miesięcy zdobytego w roku 2016 (liczonych wg kolejności pozycji wykazu osób). Daje to w sumie 30 miesięcy łącznego doświadczenia. Okres doświadczenia z poz. 4 pokrywa się z poz. 1 wykazu (wpisuje się w ten okres) i nie może z tego powodu być uwzględniony odrębnie. Doświadczenie z poz. 1 i 2 pokrywa się częściowo i z tego powodu winno być liczone od VII.2019 do IX.2020 roku dając łącznie 15 miesięcy doświadczenia. Tak wyliczone łączne doświadczenie dla kierownika budowy powinno obejmować 30 miesięcy - przy wymaganym w treści SIWZ 3 letnim doświadczeniem. Powyższe wskazuje, że wykonawca Konsorcjum MAL- POL nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zadeklarowany okres ogólnego doświadczenia dla Kierownika budowy nie odpowiada wymaganiam zawartym w Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale II SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący Climamedic wskazał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ Rozdział III zatytułowanego „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, składanych, na wezwanie Zamawiającego” ust. 3 pkt 1 i 2 wykonawcy byli zobligowani do złożenia następujących dokumentów:

- 1) materiałów informacyjnych (kart katalogowych, prospektów, materiałów informacyjnych producenta, instrukcji obsługi, itp.), które pozwolą Zamawiającemu na weryfikację danych wpisanych przez Wykonawcę w OFERCIE TECHNICZNEJ - załącznik nr 2(...).
- 2) ważnych Certyfikatów CE, potwierdzających zgodność oferowanego wyrobu z wymaganiami Dyrektywy 93/42 EWG lub Deklaracji zgodności, zgodnie z wymaganiami określonymi w OFERCIE TECHNICZNEJ oraz klasyfikacją wyrok określoną przez producenta sprzętu - lub równoważne.

Wykonawca Konsorcjum MAL- POL wśród dokumentów przedmiotowych złożonych na potwierdzenie parametrów i właściwości oferowanego sprzętu (panele nadłóżkowe) złożył katalogi odnoszące się do paneli nadłóżkowych wystawione nie przez producenta sprzętu, lecz przez jego dystrybutora KONKRET. Analiza treści ww. dokumentów w konfrontacji z postanowieniami zał. nr 3 do SIWZ (oferta cenowo-techniczna) wskazuje, że ich treść jest w zasadzie literalnym powtórzeniem wymagań Zamawiającego. (Dowód: załącznik nr 3 do SIWZ oferta cenowo-techniczna oraz katalog paneli medycznych sporządzony przez ich dystrybutora KONKRET (panel nadłóżkowy Tedisel Medical N270) w aktach postępowania.) Zamawiający na potwierdzenie zgodności oferowanych paneli nadłóżkowych wymagał przedstawienia dokumentów wystawionych przez producenta. Złożenie dokumentów wystawionych przez dystrybutora świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nieprzypadkowo bowiem Zamawiający postawił taki wymóg, gdyż częstą praktyką jest sporządzanie dokumentacji technicznej przez dystrybutorów na potrzeby konkretnych postępowań (zawierających wówczas bezpośrednio odniesienie do wymagań technicznych). Taka sytuacja stosunkowo rzadko występuje w przypadku dokumentacji sporządzanej przez producentów, i jak słusznie założył Zamawiający konstruując wskazany w treści SIWZ wymóg, dokumentacja sporządzona przez producenta posiada większą wiarygodność dowodową. Odwołujący wskazał, że choćby w zakresie mocy zainstalowanego oświetlenia LED deklaracje dystrybutora różnią się od parametrów wskazanych dla tego samego typu panelu (N270) w dokumentacji technicznej dostępnej na stronie producenta (Dowód: katalog paneli medycznych sporządzony przez ich dystrybutora KONKRET (panel nadłóżkowy Tedisel Medical N270) - w aktach postępowania oraz dokumentacja techniczna dla paneli

N270, znajdująca się na wskazanej stronie producenta Tedisel Medical.

Przestawiając argumentację na potwierdzenie zarzutu naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący odniósł ją do oferty Konsorcjum MAL- POL oraz oferty Konsorcjum Przesmycki. W odniesieniu do pierwszej z ofert, wskazał, że jak wynika z treści oferty Konsorcjum MAL-POL wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za łączną cenę wynoszącą 52.777.777,77 zł brutto (44.204.414,09 zł netto i wartości podatku VAT 8.573.363,60 zł). (Dowód: formularz oferty Konsorcjum MAL POL - w aktach postępowania). Analiza poszczególnych składników wynagrodzenia wskazuje, że zaoferowana wartość podatku od towarów i usług została wyliczona przy wykorzystaniu dwóch stawek podatku, tj. podstawowej (23%) oraz preferencyjnej (8%). Powyższe potwierdzają również ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej poczynione w ramach rozpoznania odwołania o sygn. akt KIO 2582/20, która w wyroku z dnia 30 października 2020 r. uznała, że w postępowaniu nie występuje świadczenie kompleksowe, a co za tym idzie nie istnieje możliwość zastosowania dla całego zamówienia stawki podstawowej VAT 23%, jak również przesądziła, że wykonawcy winni zastosować dla paneli nadłóżkowych stawkę preferencyjną na poziomie 8% VAT. Odwołujący wskazał, że przedmiotem badania i oceny Izby w sprawie KIO 2582/20 nie była kwestia stawki podatkowej stosowanej dla innych elementów świadczenia, niż panele nadłóżkowe. Analiza zał. 3 (oferta cenowo-techniczna) złożonego przez Konsorcjum MAL POL wskazuje, że wykonawca ten zaoferował w ramach zamówienia dostawę paneli nadłóżkowych w cenie 2.316.600,00 zł brutto (1.770.000,00 zł netto oraz wartości podatku VAT 375.000,00 zł). Z wyliczonej różnicy wartości ceny całkowitej oraz wartości paneli nadłóżkowych (wartości brutto, netto i wartości podatku VAT) otrzymujemy następujące wyniki: 42.059.414,09 zł netto; 8.401.763,68 zł podatku VAT; 50.461.177,77 zł brutto. Przy dokonaniu wyliczenia wartości z podatkiem VAT w stawce 23% z przedstawionej wyżej wartości netto: 42.059.414,09 zł (wartości bez paneli) x 23% VAT otrzymujemy się wartość 51.733.079,33 zł brutto a więc wartość o prawie 1,3 min. złotych wyższą od tej wyliczonej powyżej (50.461.177,77 zł brutto) i przedstawionej przez Konsorcjum MAL POL (po odjęciu wartości paneli brutto od wartości całkowitej brutto). Powyższe wskazuje, że wykonawca ten ustalił i zastosował nieistniejącą stawkę podatku VAT lub też zastosował, w sposób niedopuszczalny, stawkę preferencyjną 8% dla innych niż panele nadłóżkowe elementów świadczenia. Jak wynika z wyżej przywołanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2582/20) okoliczności takiej nie przewidział żaden wykonawca w niniejszym postępowaniu, jak również nie dopuścił Zamawiający i tej kwestii nie dopuściła również i nie rozważała Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca powyższą sprawę.

W ocenie Odwołującego trudno jest ustalić, posługując się danymi zawartymi w ofercie wykonawcy Konsorcjum MAL-POL, w jaki sposób doszło do wyliczenia wynagrodzenia, w tym w szczególności w jaki sposób i przy wykorzystaniu jakiej stawki oraz założeń doszło do ustalenia całkowitej wartości brutto oraz wartości podatku VAT. Powyższe powoduje, że wykonawca ten zastosował nieistniejącą (niewynikającą z przepisów prawa podatkowego) stawkę podatku VAT lub popełnił inny błąd przy wyliczeniu zaoferowanego wynagrodzenia, którego nie da się zidentyfikować i poprawić w oparciu o analizę oferty tego wykonawcy. Tym samym oferta wykonawcy Konsorcjum MAL-POL zawiera błędy w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Gdyby nawet założyć, co stanowi jedynie domniemanie Odwołującego i zostaje wskazane z daleko posuniętej ostrożności procesowej, że wykonawca Konsorcjum MAL-POL zastosował również preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% dla instalacji gazów medycznych, to działanie takie również należy uznać za nieuprawnione i wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Instalacje gazów medycznych w momencie realizacji robót budowlanych i przed dokonaniem stosownej certyfikacji na etapie ich odbioru i uruchomienia przez kwalifikowany podmiot nie posiadają statusu wyrobu medycznego i nie mogą zostać objęte preferencyjną stawką podatku VAT. Tego rodzaju kwestia była przedmiotem rozstrzygnięcia w ramach sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 70/20. W wydanym w tej sprawie wyroku z dnia 6 lutego 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w ramach ustaleń prawnych m.in., że: Instalacje gazów medycznych będą wykonywane w trakcie realizacji obiektu, co potwierdza m.in. dowód nr 13, a ich certyfikacja, niezbędna dla uznania ich za wyrób medyczny, do którego mogłaby być zastosowana preferencyjna stawka podatku VAT, nastąpi dopiero po wykonaniu robót i dostawie niezbędnego wyposażenia, co powoduje, że na etapie realizacji prac nie występuje jeszcze wyrób medyczny, a dopiero m.in. po uzyskaniu certyfikatu. Wyposażenie, które jak stwierdził na rozprawie Przystępujący CLIMAMEDIC który do 2017 roku posiadał w tym zakresie uprawnienia, a zatem należy uznać jego twierdzenia za wiarygodne, jest niezbędne do przeprowadzenia procedury certyfikacyjnej, nie jest objęte przedmiotem analizowanego zamówienia, lecz będzie zakupione w wyniku innego postępowania. Na etapie składania ofert oraz w trakcie realizacji zamówienia, w tym zakresie chodzi zatem o zdarzenie przyszłe i niepewne. Tym samym brak było również podstaw do zastosowania przez Konsorcjum MAL-POL preferencyjnej stawki podatku VAT na poziomie 8% dla jakiegokolwiek wyrobu poza panelami nadłóżkowymi.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., III CZP 52/11 „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki”. W ślad za uchwałami Sądu Najwyższego, Krajowa Izba Odwoławcza w ugruntowanym już orzecnictwie stwierdza, że czynność poprawienia stawki VAT może mieć miejsce jedynie wówczas, jeżeli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT”, w takiej sytuacji może mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. „Jeżeli jednak zamawiający, opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012 , Nr 4 , poz. 45).” Obliczenie kwoty netto, wartości podatku VAT i wartości brutto stawek jednostkowych lub kwoty brutto ceny oferty stanowi jedynie pochodną matematyczną zastosowania właściwej stawki podatku VAT i jest jednocześnie oświadczeniem woli wykonawcy, co do zastosowanej stawki podatku. To wykonawca jako czynny podatnik podatku VAT w sposób całkowicie autonomiczny podejmuje decyzję o wyborze formy i stawki podatkowej. Zastosowanie stawki nieistniejącej przez Konsorcjum MAL-POL, jak również nieuprawnione zastosowanie stawek preferencyjnych, stanowi błąd w obliczeniu ceny obligujący podmiot zamawiający do odrzucenia oferty.

Następnie Odwołujący Climamedic podniósł, że z treści oferty wykonawcy Konsorcjum P. wynika, że wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za łączną cenę wynoszącą kwotę 50.890.000,00 zł i wartości podatku VAT na kwotę 11.704.700,00 zł. Analiza iloczynu stawki podatku VAT 23% wyliczona z wartości netto pokazuje, że wykonawca ten dla całego zamówienia zastosował podstawową stawkę podatku od towarów i usług - 50.890.000,00 zł x 1,23 = 62.594.700,00 zł brutto. (Dowód: formularz oferty Konsorcjum P. (zał. nr 2) - w aktach postępowania. Stało się tak mimo faktu, iż wykonawca Konsorcjum P. w pierwotnym formularzu asortymentowym (oferta cenowo-techniczna zał. nr

3) dla paneli nadłóżkowych oraz systemu eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych zastosował stawki preferencyjne 8% i tak też wyliczył w tym formularzu wartość brutto oraz wartość podatku. (Dowód: oferta cenowo-techniczna zał. nr 3 złożona przez Konsorcjum P.). Choć Zamawiający pismami z dnia 1, 23 i 28 października 2020 r. dokonał zmiany wynagrodzenia zaoferowanego przez wykonawcę Konsorcjum P., takie działanie było nieuprawnione i stanowiło ingerencję w oświadczenie woli zawarte w treści formularza ofertowego. (Dowód: pisma Zamawiającego z dnia 1, 23 i 28 października 2020 r. Zamawiający na podstawie treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonał ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy Konsorcjum P., zawartego w treści formularza ofertowego, w tym dokonał zmiany tego oświadczenia w zakresie zastosowania jednolitej stawki podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia - która to czynność nie jest objęta hipotezą żadnej z norm ujętych w treści art. 87 ustawy Pzp. Norma ujęta w treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie obejmuje swoją hipotezą możliwości ingerencji w treść oświadczenia woli, a do takich należy zaliczyć decyzje wykonawcy o wyborze stawki podatkowej. Jeżeli bowiem wykonawca zdecydował o zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT dla całego zamówienia - co jednoznacznie wynika z wyliczeń arytmetycznych dokonanych w oparciu o wartości wyrażone słownie w treści formularza ofertowego to brak jest normatywnych podstaw do ingerencji przez Zamawiającego w takie oświadczenie.

W tym zakresie Odwołujący odwołał się do argumentacji prawnej zawartej w odwołaniu podniesionej przy zarzucie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wobec oferty Konsorcjum MAL-POL. Zawarte tam tezy orzeczeń Sądu Najwyższego jednoznacznie precyzują jaki charakter ma takie oświadczenie oraz, że ingerencja Zamawiającego jest możliwa jedynie wówczas, jeżeli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012 , Nr 4 , poz. 45). W powyższej uchwale Sąd Najwyższy wskazał, że w takich okolicznościach zastosowanie ma art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W niniejszym wypadku nie występują omyłki rachunkowe. Wartości netto oraz podatku VAT zostały wyrażone słownie w formularzy ofertowym, a ich arytmetyczne porównanie i wyliczenie wartości brutto z wartości netto pozwala na przyjęcie, że wykonawca zastosował jednolitą podstawową stawkę podatku VAT 23%. Taka możliwość, tj. zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT dla całego zamówienia została wykluczona w ramach postępowania w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2020 r. sygn. akt 2582/20. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił z tego powodu dwie oferty - ERBUD oraz ZAB-BUD, nie czyniąc tego w stosunku do oferty Konsorcjum P.. (Dowód: akta postępowania sygn. akt KIO 2582/20). Konstrukcja formularza ofertowego (zał. nr 2 do SIWZ) oraz sposób jego wypełnienia przez wykonawcę Konsorcjum P. wykluczały możliwość popełnienia omyłki rachunkowej, jak również stanowiły o treści jego oświadczenia woli, co do konstrukcji ceny, w tym ujętej stawki podatku VAT, której wybór jest wyłączną domeną wykonawcy (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. o sygn. III CZP 54/06). Zamawiający nie miał żadnych faktycznych i prawnych podstaw do ingerencji w oświadczenie woli wykonawcy Konsorcjum P. zawarte w treści formularza ofertowego, co do wyboru jednolitej podstawowej stawki podatku VAT i tym samym nie miał żadnych podstaw do poprawienia nieistniejących omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący Climamedic zaznaczył, że powołane w odwołaniu dowody zostaną przez niego przedstawione w odrębnym piśmie, co nastąpiło za pismem z dnia 8 grudnia 2020 r.

Pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na powyższe odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta Odwołującego Climamedic została sklasyfikowana na ostatniej pozycji, a także na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a także wskazał, że w sprawie mogą zachodzić przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Zarzuty nr 5 i alternatywny 6 zostały rozstrzygnięte wyrokiem w sprawie KIO 2582/20.

W razie nie uwzględnienia wniosku o odrzuceniu odwołania, Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący zgłosił zarzuty po upływie terminu określonego w ustawie, pomimo, iż dostęp do konkurencyjnych posiadał od 29 września 2020 r. Spóźnione są zarzuty dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum MAL-POL zaniechania odrzucenia tej oferty oraz oferty Konsorcjum P. w zakresie omyłki rachunkowej, o której informacje powziął w dniu 23 października 2020 r. na rozprawie z odwołania Erbud sp. z o.o., gdzie kwestia ta była szeroko omawiana, wraz z zapowiedzią Zamawiającego o poprawieniu omyłki, co nastąpiło w dniu 28 października 2020 r., a nie, jak zostało podane w odwołaniu, w wyniku realizacji wniosku z dnia 13 listopada 2020 r. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Climamedic w uzasadnieniu ww. wyroku KIO nie kwestionowała zasadności poprawienia oferty Konsorcjum P., a zasugerowała możliwość poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający nadmienił, że w wyniku kolejnych jego nieścisłości omyłki rachunkowa poprawiana była kilkakrotnie, jednak nie chodziło o sporne stawki VAT, a jedynie poprawne matematycznie przeliczenie kwoty VAT i wartości brutto w ofercie w zestawieniu ze złożoną ofertą cenowo-techniczną. Odwołujący powołuje się na te same okoliczności i dokumenty, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Jedyną nową czynnością po dacie wyroku było ogłoszenie wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 13 listopada 2020 r.

W związku z tym zdaniem Zamawiającego zarzuty naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i 12, naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp są nieusprawiedliwione. W tym względzie nie do pogodzenia z zasadą koncentracji materiału dowodowego i szybkości postępowania jest wynajdywanie coraz to nowych podstaw wnoszenia kolejnych odwołań, szczególnie, że poprzednio przyłączył się do postępowania po stronie Zamawiającego, popierając jego stanowisko co do prawidłowości czynności podjętych w postępowaniu. Na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. podniesiony został przez Erbud sp. z o.o. zarzut nierównego traktowania wykonawców i nieporównywalności ofert w oparciu o ofertę Konsorcjum P. . Odwołanie zostało ostatecznie oddalone.

Zamawiający stwierdził również, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i 12 ustawy Pzp oparte są na doniesieniach prasowych lub domysłach i nie znajdują potwierdzenia w dokumentach złożonych na żądanie Zamawiającego przez Konsorcjum MAL-POL, a następnie złożone wyjaśnienia i dokumenty potwierdzają słuszność oceny tej oferty przez Zamawiającego. Informacje przedstawione przez Odwołującego pozostają w sprzeczności do obiektywnie wiarygodnych dokumentów zewnętrznych przedstawionych przez Konsorcjum. Dla inwestycji w Liwie Konsorcjum MAL-POL złożyło wymagane referencje, potwierdzające jej wykonanie zgodnie z umową, co oznacza należyta staranność w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Ponadto złożony przez MAL-POL pozew świadczy, że spór dotyczy robót dodatkowych.

Odnosząc się do zarzutu braku wymaganego doświadczenia kierownika budowy K. R. Zamawiający wskazał m.in., że pierwsza inwestycja podana w wykazie realizowana była od 2015 r, a suma miesięcy wynosi 37. Nadto

wskazał, iż ma wiedzę z urzędu, że wykazana osoba posiada wieloletnie doświadczenie, dłuższe niż 3 letnie, na stanowisku kierownika budowy w wymaganym zakresie, z uwagi na to, że sprawowała w przeszłości i obecnie funkcje kierownika budowy na inwestycjach Zamawiającego, co potwierdza wykaz złożony wraz ze zgłoszeniem przystąpienia przez Konsorcjum MAL-POL, Nadto zauważył, że brak jest jednoznacznego uregulowania wykazania doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, zgodnie z przyjętą praktyką i orzecnictwem. Zamawiający zinterpretował je na korzyść wykonawcy. Zwrócił też uwagę na to, iż nabywanie doświadczenia najczęściej kojarzone jest z nabyciem stażu pracowniczego, a w prawie pracy zasadą jest równoległe nabywanie stażu przez osoby zatrudnione u wielu pracodawców. Brak jest w tym względzie przeszkód, by zakończony równoległe staż pracy zaliczyć do stażu u drugiego pracodawcy. To także przemawia za uznaniem, iż wobec nie sprecyzowania szczegółowych zasad nie powinno się wykluczyć równoległego nabycia doświadczenia, zgodnie z literalnym brzmieniem wymogu Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu braku spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, który został wywiedziony z zaświadczenia Banku PKO BP SA z dnia 23 września 2020 r., Zamawiający przedstawił argumentację jak w przytoczonej powyżej odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 3077/20.

Następnie Zamawiający wskazał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL, pomimo przedstawienia na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego katalogów pochodzących od dystrybutora, a nie od producenta zaoferowanych paneli nadłóżkowych, jest oparty na błędnym rozumieniu SIWZ, gdzie zostało zamieszczono przykładowe wyliczenie materiałów informacyjnych. Zgodnie z SIWZ materiały informacyjne producenta stanowią tylko jeden z elementów wyliczenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL pomimo zastosowania nieznannej stawki podatku VAT, Zamawiający przedstawił argumentację jak powyżej w sprawie KIO 3077/20, w tym m.in. na wstępie zaznaczył, że prawidłowość obliczenia ceny w ofercie tego wykonawcy została potwierdzona w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 30 października 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 2582/20, a zarzut w tym zakresie ma przymiot powagi rzeczy osądzonej. Dotyczy to zarówno stawki VAT dla paneli nadłóżkowych, jak też w ofercie głównej, w tym zakresie dla instalacji gazów medycznych będących wyrobem medycznym. Tabela zawarta w odwołaniu z dnia 23 października 2020 r. była już przedstawiona w poprzednim odwołaniu, a zatem zarzuty są spóźnione i powołane jako te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 października 2020 r. W przedmiotowej sprawie nie zachodziły podstawy do nakazywania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia stawki VAT z tej przyczyny, że nie wymagał jej wskazania, poza ofertą cenowo-techniczną dotyczącą paneli nadłóżkowych. Odnośnie zarzutu błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie preferencyjnej stawki VAT Zamawiający, wskazał, że punktem wyjścia jest przesądzenie tej kwestii w ww. wyroku Izby z dnia 30 października 2020 r. oraz przedstawił, przytoczone powyżej w sprawie KIO 3077/20, argumenty oparte na dokumentacji postępowania, w tym STWliORB.

Następnie Zamawiający wskazując na postawiony z ostrożności zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia o uzupełnienie dokumentów podał, że nie miał wątpliwości co do treści oferty Konsorcjum MAL-POL w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które mogą stanowić podstawę do uzyskania wyjaśnień i uzupełnienia treści oferty.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na płycie CD oraz dowody przedłożone przez strony, załączone do złożonych pism oraz na rozprawie.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego Climamedic w sprawie KIO 3084/20 zawartego w piśmie złożonym do Prezesa Izby z dnia 3 grudnia 2020 r. (bez przekazania kopii pisma Zamawiającemu i Przystępującym) o przeprowadzenie dowodu z akt prowadzonych przez organy podatkowe i/lub informacji pochodzących z banków (dowodu realizowanego za pośrednictwem organów skarbowych), o które, według stanowiska Odwołującego, miałby sama wystąpić.

W ocenie Izby wnioszek zmierza jedynie do zwłoki postępowania. W związku z tym stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać do zamknięcia rozprawy.*

Zauważenia wymaga, iż Odwołujący Climamedic w ww. wniosku oświadczył, iż działa na podstawie art. 244 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (kpc) w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 297 § 1 pkt 3 i art. 182 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa.

Przepis art. 244 § 1 kpc znajdujący się w części pierwszej kpc stanowi: *Dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.* Z przepisu art. 185 ust. 7 ustawy Pr art. 185 ust. 7 ustawy Pzp wynika, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym) jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Przepisy o sądzie polubownym znajdują się w części piątej kpc *Sąd polubowny (arbitrażowy)* w przepisach art. 1154 i n. Art. 182 § 1 Ordynacji podatkowej odnosi się postępowań podatkowych, a art. 297 § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej wymienia sądy i prokuraturę jako podmioty uprawnione do uzyskania akt w związku z toczącym się postępowaniem.

Wbrew stanowisku Odwołującego Climamedic okoliczność, iż Odwołujący stawia zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie zwalnia go obowiązku dowodowego. Nadto za brakiem podstaw do uwzględnienia wniosku przemawia brak wykazania przez Odwołującego Climamedic, iż w świetle przywołanych przepisów Ordynacji podatkowej Krajowa Izba Odwoławcza jest traktowana jako sąd. Samo wskazanie we wniosku na to, iż *„ma charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”*, który to przepis odnosi się do odpowiedzi na pytania prejudycjalne, a KIO została zaliczona do podmiotów, które mogą inicjować procedurę prejudycjalną przed TSUE, nie stanowi wypełnienia wymogów wniosku, ani nie wskazuje, że wskazane przepisy Ordynacji podatkowej wymieniając sąd, nie mają na uwadze jedynie sądu w znaczeniu konstytucyjnym.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 14 grudnia 2020 r., który w tej dacie wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 3084/20, o otwarciu na nowo zamkniętej rozprawy w celu przyjęcia pisma zawierającego uszczergówołwienie stanowiska zaprezentowanego na rozprawie odnośnie zarzutów dotyczących należytego wykonania inwestycji zleconej przez Muzeum Zbrojowni na Zamku w Liwie i ponowne jej zamknięcie.

W ocenie Izby powyższe pismo Zamawiającego nie ujawnia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Stanowi jedynie rozwinięcie argumentacji Zamawiającego, która mogła być przedstawiona przez Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy. W związku z tym nie znajduje zastosowania art. 191 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i uczestników postępowania, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że odwołania podlegają odrzuceniu. Okoliczność, iż niektóre zarzuty odwołań są spóźnione lub zostały rozpoznane przez Izbę w wyroku z dnia 30 października 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 2582/20, nie oznacza, iż odwołania wniesione na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty podjętą przez Zamawiającego, po ogłoszeniu ww. wyroku, podlegają odrzuceniu.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący ERBUD wskazał, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Złożona przez niego oferta została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (Odwołujący przyjął jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23 % na cały przedmiot zamówienia), jednak pomimo że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 30 października 2020 r. w sprawie KIO 2582/20 oddaliła odwołanie Odwołującego i podtrzymała w mocy czynność Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący uważając, że wskazane rozstrzygnięcie jest niezasadne, w ustawowym terminie w dniu 19 listopada 2020 r., wniósł skargę na wskazane orzeczenie KIO do Sądu Okręgowego w Siedlcach, zaskarżając wskazany wyrok w całości. Odwołujący oczekuje rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniem skargi, tj. uwzględnienia skargi i zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, tj. m.in. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W tej sytuacji zostanie przywrócona oferta Odwołującego, która w rankingu ofert będzie najkorzystniejsza (wszystkie pozostałe w postępowaniu oferty zostały bowiem skalkulowane w oparciu o błędną, zróżnicowaną stawkę podatku VAT 23% i 8% i jako takie będą podlegały odrzuceniu). Mimo iż wybór oferty Konsorcjum MAL-POL został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to Zamawiający, dokonując tego wyboru, zamierza podpisać umowę o udzielenie zamówienia z ww. wykonawcą. Tym samym Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, także w przypadku uwzględnienia skargi w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Siedlcach. Powyższe skutkować będzie powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Climamedic wskazał m.in., że jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert, zaś gdyby nie doszło do zaniechania przez Zamawiającego czynności wskazanych w odwołaniu (zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum MAL POL, zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum MAL-POL oraz Konsorcjum P.) to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący na skutek bezprawnych działań Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co spowoduje możliwość poniesienia przez niego wymiernej szkody. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący ERBUD i Climamedic legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione materialnoprawne przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożyli oferty w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, zwiększyłyby się ich szanse na realizację zamówienia.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego w sprawie KIO 3077/20 dotyczącego braku interesu prawnego we wniesieniu odwołania przez Odwołującego ERBUD z uwagi na to, iż część zarzutów odwołania została rozstrzygnięta wyrokiem Izby z dnia 30 października 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 2582/20, a część jest spóźniona, a także z uwagi na to, że nie jest uczestnikiem postępowania, bowiem jego oferta została odrzucona, a wyrokiem Izby z dnia 30 października w sprawie KIO 2582/20 jego odwołanie zostało oddalone, czego nie zmienia to, iż na ww. wyrok Odwołujący złożył skargę do Sądu Okręgowego.

Zamawiający pomija bowiem, że odwołanie zawiera także zarzuty, które nie mogły zostać podniesione w ww. postępowaniu odwoławczym, bowiem dotyczą czynności badania podmiotowego wykonawcy, którego oferta uzyskała najwyższą ilość punktów, poprzedzającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, podjętą po ogłoszeniu ww. wyroku, a na którą to czynność zostało wniesione obecnie odwołanie, co zostało podniesione powyżej odnośnie wniosku o odrzucenie odwołania. Wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący jest uczestnikiem postępowania uprawnionym do wniesienia odwołania, bowiem jego oferta nie została prawomocnie odrzucona, skoro na wyrok Izby z dnia 30 października w sprawie KIO 2582/20 została wniesiona przez tego wykonawcę skarga, a orzeczenie w tej sprawie nie zostało wydane przez Sąd Okręgowy.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego w sprawie KIO 3084/20 dotyczącego braku interesu prawnego we wniesieniu odwołania przez Odwołującego Clemamedic, z uwagi na to, że jego oferta zajmuje ostatnią pozycję w rankingu ofert. Zauważenia wymaga, że Odwołujący kwestionuje dwie poprzedzające oferty. W związku z tym, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oraz w przypadku braku uwzględnienia przez Sąd Okręgowy skargi

wniesionej przez Odwołującego ERBUD na ww. wyrok KIO sygn. akt KIO 2582/20, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Pismem z dnia 25 listopada 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Firma Remontowo-Budowlana MAL-POL K. W., Zakład Usług Inżynierskich K R., Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ZIS Łuka Spółka jawna z siedzibą dla lidera w Siedlcach (dalej również: „Przystępujący”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3084/20 po stronie Zamawiającego, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, iż postanowienia SIWZ związane ze stawianymi zarzutami, zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania w sprawach KIO 3077/20 i KIO 3084/20 nie zasługują na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich zawarte, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do *ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp *postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (...), lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp *postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zarówno w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Pzp występuje wskazanie na błąd jako skutek działania wykonawcy, przez który należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej zamawiającego. Każda z podstaw wskazanych art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dla zastosowania każdej z nich niezbędne jest wykazanie wypełnienia się wszystkich występujących w niej przesłanek, w tym przedstawienia przez wykonawcę informacji, które nie są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Postanowienia SIWZ obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i Wykonawców, po otwarciu ofert zmiana jej postanowień nie jest dopuszczalna.

Stosownie do rozdziału II pkt 1 ppkt 2 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający wymagał aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 zł. SIWZ nie zawiera szczegółowych postanowień określających sposób potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Sygn. akt KIO 3077/20

Ad. zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum MAL-POL na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 i 12 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie błęd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania wobec nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jak wynika ze złożonego przez Konsorcjum MAL-POL zaświadczenia dotyczącego członka tego Konsorcjum tj. MAL-POL sp. z o.o. z dnia 22 września 2020 r.: *Firma może ubiegać się o kredyt w kwocie 18.500.000,00 zł, Jednocześnie informujemy, że zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym w w/w kwocie uzależnione jest od spełnienia wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO Banku Polskim, od posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym, oraz od ustanowienia prawnych zabezpieczeń spłaty.*

W ocenie Izby powyższe zaświadczenie w wystarczający sposób potwierdza spełnianie przez Konsorcjum MAL-POL postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie. Po pierwsze, zaważenia wymaga, że ustawa Pzp ani rozporządzenie w sprawie dokumentów nie określa szczegółowo treści takiego zaświadczenia. Po drugie, należy przyjąć, że skoro Bank, w którym jest prowadzony rachunek członka konsorcjum MAL-POL stwierdza, że jego klient może ubiegać się o kredyt w podanej wysokości, oznacza to, że mając wiedzę o wartości obrotów na rachunku, w tym obciążeniach i uznaniach tego rachunku, ocenia na datę wydania zaświadczenia, że pozwalają one na ubieganie się o udzielenie takiego kredytu. Po trzecie, okoliczność, iż wskazaniu temu towarzyszy informacja, że zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym w w/w kwocie uzależnione jest od spełnienia wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO Banku Polskim, od posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym, oraz od ustanowienia prawnych zabezpieczeń spłaty, temu nie przeczy. Jest bowiem zrozumiałe, że po ewentualnym złożeniu wniosku o przyznanie kredytu w określonej wysokości w granicach ww. kwoty, nastąpi badanie zdolności kredytowej na datę takiego wniosku, jak również będą podejmowane ustalenia, co do ustanowienia odpowiednich zabezpieczeń jego spłaty. Po czwarte, z ww. zastrzeżenia dotyczącego posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym, wynika, że ta będzie weryfikowana po złożeniu wniosku o kredyt według stanu na jego datę, co jest zrozumiałe, z uwagi na fakt, iż sytuacja finansowa może ulegać zmianie, a obecnie, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ww. podmiot nie występuje o udzielenie kredytu, lecz o potwierdzenie, że może o taki się skutecznie ubiegać, jeśli wystąpi ku temu potrzeba. Cel złożenia takiego zaświadczenia został zatem wypełniony. Po piąte, Odwołujący nie wykazał, że Bank PKO BP S.A. wydaje zaświadczenia o innej treści, tj. takie, które nie zawierają sformułowania, że dany podmiot może ubiegać się o kredyt w określonej wysokości, lecz o treści przez niego postulowanej.

W związku z tym, w sytuacji, gdy w SIWZ Zamawiający nie określił takiego wymogu, nie można uwzględnić

postulatu Odwołującego, aby nastąpiło uzupełnienie informacji PKO BP S.A. w zaświadczeniu dla MAL-POL sp. z o.o. cc najmniej o podane przez niego informacje, tj. okres współpracy MAL-POL sp. z o.o. z bankiem PKO BP S.A.; ilość rodzaj posiadanych rachunków bankowych; salda środków dostępnych na w/w rachunkach (ewentualnie obroty - w praktyce podawane w konkretnych kwotach bądź „okrągłych” wyrażeniach typu "kwota siedmiocyfrowa" itp.) będących w dyspozycji spółki (wymaganie płynące bezpośrednio z SIWZ); potwierdzenie posiadania przez MAL-POL sp. z o.o. zdolności kredytowej (bądź jej braku) na kwotę co najmniej 15 mln zł (wymaganie płynące bezpośrednio z SIWZ); wskazanie posiadanych produktów bankowych o charakterze kredytowym z datami ich zawarcia, kwotami pozostałymi do spłaty, czasem wysokości raty (w zależności od produktu), przyjętymi zabezpieczeniami i historią obsługi (tj. brakiem opóźnień w spłacie), etc.; wskazanie innych posiadanych zobowiązań (bądź ich braku) takich jak gwarancje, poręczenia, akredytywy itp.; potwierdzenie braku zajęć egzekucyjnych i/lub blokad.

Jak słusznie zauważył Odwołujący przepis art. 70 ustawy Prawo Bankowe zawiera przesłanki, jakie muszą być spełnione, aby bank mógł udzielić kredytu, zawiera definicję zdolności kredytowej, przez którą przyjmuje się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Skoro Bank dla swojego klienta wystawia zaświadczenie, że może on się ubiegać o kredyt w określonej wysokości (w analizowanym przypadku w wysokości przekraczającej wymaganą w SIWZ wielkość), to należy przyjąć, że na datę wystawienia zaświadczenia, ocenił zdolność tego klienta do spłaty kredytu wraz z odsetkami na określonym przez siebie poziomie. W ocenie Izby Zamawiający miał podstawy, aby uznać takie zaświadczenie za potwierdzające spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że nie potwierdził się zarzut braku wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że podana przez Bank informacja jest nieprawdziwa, co czyni zbędnym badanie pozostałych przesłanek dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się również zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum MAL-POL do wyjaśnień w zakresie wymaganej zdolności kredytowej.

Ad. zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL na wskazanych w odwołaniu podstawach:

- art. 89 ust. 1 pkt 7b

Zarzut ten Odwołujący ERBUD opiera na treści oświadczenia o poręczeniu z dnia 21.09.2020 r. udzielonego na okres związania ofertą tj. od dnia 23.09.2020 r. do 21.11.2020 r., zaznaczając przy tym, że na obecnym etapie, w dniu 20 listopada 2020 r. wykonawca Konsorcjum MAL-POL wydużył termin ważności wadium do 21.12.2020 r., do której to czynności nie stawia zarzutów. Odwołujący nie kwestionuje wydłużenia wadium, lecz czyni zarzut, że pierwotnie złożone wadium, z uwagi na to, że okres na jaki zostało udzielone kończył się w sobotę, zostało złożone nieprawidłowo, bowiem uniemożliwiało skorzystanie z niego w ostatnim dniu, z uwagi na to, że poręczyciel nie pracuje w sobotę.

W ocenie Izby zarzut ten jest nietrafiony, a ponadto spóźniony. Po pierwsze, Odwołujący nie kwestionuje skuteczności wydłużenia wadium, co nastąpiło po dacie wniesienia poprzedniego odwołania z dnia 9 października 2020 rozpatrzonego przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 2582/20, co oznacza, że nie zgłasza zastrzeżeń, co do tego, że oferta jest cały czas zabezpieczona wadium. Po drugie, Odwołujący skupia się na braku pracy w sobotę poręczyciela, nie wspominając o tym, czy Zamawiający pracuje w sobotę, jak również pomijając analizę ewentualnego zgłoszenia roszczenia w postaci elektronicznej. Po trzecie, w poprzednim ww. odwołaniu wniesionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, został przez niego postawiony zarzut dotyczący wadium z powołaniem się wprawdzie na inne okoliczności z nim związane, lecz wskazuje to, że nie było już wówczas przeszkód powołania obecnie zgłoszonych zastrzeżeń, skoro te odnoszą się do pierwotnego terminu wadium.

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp błąd w obliczeniu ceny

Zarzut ten został objęty odwołaniem z dnia 9 października 2020, w sprawie którego zapadł wyrok w dniu 30 października 2020 r. sygn. akt KIO 2582/20. W treści ww. odwołania Odwołujący ERBUD również wskazał, że Konsorcjum MAL-POL dla pozostałych robót (poza panelami nadłóżkowymi) zastosował nieznaną ustawie stawkę podatku VAT, podczas gdy powinien zastosować na ten zakres stawkę VAT w wysokości 23%, i także przytoczył w uzasadnieniu odwołania analogiczne wywoły oraz tabelę wskazującą, że Konsorcjum MAL-POL nie zastosowało stawki VAT w wysokości 23% na ten zakres, podnosząc także, że spowodowało to zniżenie ceny ofertowej, a realizacja kontraktu doprowadziłaby do uszczupleń podatkowych w tym zakresie. Z tabeli tej wynika, że cena netto oferty Konsorcjum MAL-POL jest o ponad 3 mln zł niższa, niż cena następna w kolejności, tj. podana w ofercie Odwołującego ERBUD.

Oznacza to, że sprawa zastosowanej stawki podatku VAT przez Konsorcjum MAL-POL była przedmiotem rozpoznania Izby w poprzednim postępowaniu odwoławczym wszczętym przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powołaniem się na te same okoliczności. Izba w sprawie KIO 2582/20 nie dopatryła się podstawy odrzucenia oferty MAL-POL, nadto stwierdziła, że przedmiot zamówienia nie jest świadczeniem kompleksowym, a zakres przedmiotu zamówienia objęty stawką 23% VAT i 8% VAT w ofercie ww. wykonawcy nie budzi wątpliwości. Ewentualne uchybienia w obliczeniach ceny mogą być zweryfikowane przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów ustawy. Na wyrok ten została złożona skarga przez Odwołującego, a zatem rozstrzygnięcie w tym zakresie nastąpi również przez Sąd Okręgowy.

Obecnie zatem, z uwagi na art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie ma podstaw do rozpoznania ponownie zgłoszonego przez Odwołującego Erbud zarzutu, w tym ponownego rozpatrywania go w aspekcie odrzucenia oferty Odwołującego, do czego zmierza Odwołujący w obecnym odwołaniu.

Niezależnie od tego, z uwagi podnoszony aspekt braku wyjaśnienia przez Zamawiającego na jakie elementy przedmiotu zamówienia Konsorcjum MAL-POL zastosowało preferencyjną stawkę 8% podatku VAT, zauważenia wymaga, iż również to, jak wynika z oświadczenia Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, było przedmiotem wyjaśnień w sprawie KIO 2582/20 i zostało wskazane, że 8% stawka podatku VAT została zastosowana przez Konsorcjum MAL-POL także na instalacje gazów medycznych, co w ocenie Zamawiającego, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, było uprawnione w świetle dokumentacji postępowania. Nadto, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie wymagał określenia stawki podatku VAT poza panelami nadłóżkowymi, a jedynie podania łącznej kwoty tego podatku. Powyższe wskazuje, że kwestia, która w analizowanym odwołaniu była wskazana jako podstawa do odrzucenia oferty czy wyjaśnienia oferty Konsorcjum MAL-POL tj. zastosowanie nieznannej

ustawie stawki podatku VAT jest wyjaśniona. Odwołujący nie przedstawił natomiast merytorycznych kontrargumentów przeciwko argumentacji Zamawiającego przedstawionej ze wskazaniem odnośnej dokumentacji postępowania, w tym STWiOR oraz przeciw twierdzeniu Zamawiającego, iż nie wykluczył zastosowania 8% stawki podatku VAT w przypadku instalacji gazów medycznych.

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania parametrów paneli nadłóżkowych w zakresie sposobu oświetlenia

Nie jest sporne, że przez Konsorcjum MAL-POL zostały zaoferowane panele nadłóżkowe typu N270 producenta Tedisel Iberica SL, a więc wbrew stanowisku Odwołującego produkt jest zidentyfikowany. Nie ma też sporu co do tego, że Zamawiający oczekiwał, że wskazane oświetlenie elektryczne będzie: „zapalane z manipulatora instalacji przyzywowej i wyłącznikiem na panelu”.

Analiza treści oferty MAL-POL (pkt 7 tabeli załącznika nr 3 do SIWZ) wskazuje, że wykonawca wskazał na ww. sposób zapalania, tj. zamieścił oświadczenie: „Oświetlenie zapalane z manipulatora instalacji przyzywowej i wyłącznikiem na panelu” a nie tylko, jak stwierdził Odwołujący w odwołaniu, podał jedynie informację że panel zawiera oświetlenie elektryczne o mocy 1x24W, nie odnosząc się do sposobu jego zapalania.

- art. 87 ust 1 dotyczący braku wystąpienia o wyjaśnienia do Konsorcjum MAL-POL i Konsorcjum Karol P. oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w sprawie zastosowanych stawek podatku VAT

Zgodzić się należy, że Zamawiający powinien mieć wiedzę, o tym, jaka stawka VAT została zastosowana przez wykonawcę w postępowaniu, i na równych zasadach dokonywać badania i oceny złożonych ofert, nie powinien się domyślać, jakie stawki VAT zastosowali wykonawcy i samodzielnie ingerować w treść ofert, z wyłączeniem obowiązków ich poprawy, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W sprawie zostało wykazane, że Zamawiający dokonał poprawy oferty Konsorcjum P. z uwzględnieniem treści tej oferty, tj. oferty cenowo - technicznej dotyczącej paneli nadłóżkowych - załącznik nr 3, gdzie wykonawca ten zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%, jednak wartości podatku obliczonego z zastosowaniem tej stawki nie uwzględnił w cenie całkowitej oferty. Zostało to wykazane w związku z ww. postawionymi zarzutami odwołania Odwołującego ERBUD, podobnie jak kwestia ceny oferty Konsorcjum MAL-POL, w postępowaniu toczącym się pod sygnaturą akt KIO 2582/20. Zostało już zatem wyjaśnione także, że Konsorcjum MAL-POL zastosowało stawkę podatku VAT w wysokości 8% również w odniesieniu do instalacji gazów medycznych, co znalazło odzwierciedlenie w cenie jego oferty, a zatem, w dacie składania analizowanego obecnie odwołania zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący mieli wiedzę w zakresie elementów cen ofert ww. wykonawców, a zatem podnoszenie obecnie zarzutu braku wystąpienia o wyjaśnienia w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Stanowi natomiast próbę doprowadzenia do rozstrzygnięcia o tych samych zarzutach w kolejnym postępowaniu przez Izbę, w sytuacji, gdy Odwołujący ERBUD wniósł skargę na wyrok ww. Izby.

W związku z powyższym, za niezasadny należy uznać także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 91 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

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.*

Skoro nie podlegają uwzględnieniu zarzuty postawione w niniejszym odwołaniu, nie można uznać za wykazane, iż Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy.

Sygn. akt KIO 3084/20

Ad. zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia Konsorcjum MAL-POL z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (dane odnoszące się do wskazanych w wykazie robót budowlanych - poz. 1)

Wykaz robót budowlanych złożony przez Konsorcjum MAL-POL zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ w poz. 1 zawiera wskazanie, iż obejmuje zadanie: „Przebudowa starej części Galerii Siedlce przy ul. Wojskowej w Siedlcach”, z terminem realizacji: 2014-2016 r. i informację odnośnie przedmiotu zamówienia, z której wynika, że dotyczy przebudowy budynku użyteczności publicznej o łącznej wartości nie mniejszej, niż 10 000 000,00 zł brutto i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5000 m².

Odwołujący Climamedic zarzuca, iż powyższe oświadczenie Konsorcjum MAL-POL obejmuje nieprawdziwe informacje dotyczące terminu realizacji, bowiem prace w odniesieniu do starej części Galerii zostały zakończone w 2008 r., natomiast w nowej części Galerii zakończyły się w 2014 r., oraz dotyczące powierzchni użytkowej, która według Odwołującego wynosi 3838,4m², na co wskazuje złożona przez Odwołującego korespondencja z Powiatowym Inspektorem Nadzoru Budowlanego (dalej „PINB”).

Tymczasem dokumenty przedłożone przez Odwołującego za pismem z dnia 8 grudnia 2020 r. zawierającym wniosek dowodowy, do którego zostały załączone m.in. artykuły prasowe z otwarcia Galerii w Siedlcach oraz pochodzące z PINB odnośnie inwestycji dotyczącej starej części Galerii, w tym m.in. decyzja z dnia 16 marca 2005 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego, decyzja z dnia 24 kwietnia 2006 r. w sprawie pozwolenia na budowę, czy decyzje z grudnia 2008 r. w sprawie pozwolenia na użytkowanie, jak również odnośnie inwestycji dotyczącej nowej części Galerii, w tym decyzja z dnia 18 listopada 2011 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, decyzja 20 marca 2014 r. w sprawie pozwolenia na użytkowanie, dotyczą budowy budynków, a nie, jak zostało wskazane przez Konsorcjum MAL-POL w Wykazie robót budowlanych, przebudowy starej części Galerii.

Nie zostało zatem wykazane, aby wykaz w poz. 1 zawierał nieprawdziwe informacje. Nadto Odwołujący nie przedłożył w poczet dowodów swojego wniosku do PINB o dostęp do informacji publicznej. Sądząc natomiast z treści złożonego pisma PINB dnia 19 listopada 2020 r., wniosek dotyczył decyzji o pozwoleniu na budowę i na użytkowanie starej i nowej części Galerii, a zatem nie przebudowy starej części Galerii. Jest zrozumiałe, że przebudowa odnosi się do

już istniejącego budynku, a zatem jej realizacja musiała następować w okresie późniejszym, niż budowa.

Również nie potwierdza podania przez Konsorcjum MAL-POL nieprawdziwych informacji złożona przez Odwołującego decyzja z dnia 7 listopada 2018 dotycząca przebudowy budynku usługowo-biurowego polegającej na budowie lokalu usługowego w istniejącej bramie przejazdowej. Nie zostało wykazane przez Odwołującego Climamedic, aby ta przebudowa dotyczyła przedmiotu z poz. 1 ww. Wykazu robót budowlanych, jak również aby nie wystąpiła w okresie wcześniejszym przebudowa dotycząca budynku starej części Galerii.

Tym samym oświadczenie Konsorcjum MAL-POL, potwierdzone listem referencyjnym z dnia 7 czerwca 2018 r., wystawionym przez Inwestora, potwierdzającym należyte wykonanie robót przedstawionych w ww. pozycji Wykazu robót budowlanych, gdzie występuje wskazanie na wartość zlecenia wynoszącą 10 075 500,00 zł brutto oraz powierzchnię użytkową 5300m², nie zostało podważone przez Odwołującego. Tym bardziej, że zostało to potwierdzone o oświadczeniu Inwestora z dnia 27 listopada 2020 r. złożonym przez Odwołującego Climamedic za ww. pismem z dnia 3 grudnia 2020 r.

Ad. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MAL-POL, pomimo, iż zdaniem Odwołującego Climamedic, nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wskazanego w poz. 3 wykazu robót, z uwagi na brak potwierdzenia należytego wykonania, jak również zdolności technicznej i kadrowej odnoszącej się do osoby skierowanej do realizacji przedmiotu zamówienia tj. kierownika budowy w zakresie okresu doświadczenia na tym stanowisku, jak również warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (zdolność kredytowa);

- brak potwierdzenia należytego wykonania robót

W poz. 3 wykazu robót Konsorcjum MAL-POL wskazało zadanie dotyczące przebudowy, adaptacji i modernizacji Zamku Książąt Mazowieckich w Liwie wraz z utworzeniem infrastruktury parku kulturowo-historycznego z terminem realizacji 2017-2018 o wartości 4 665 000,00 zł.

Zarzut w tym zakresie nie potwierdził się. Z zaświadczenia Inwestora z dnia 11 października 2019 wynika zakres wykonanych prac, który nie jest kwestionowany oraz wartość która nie jest kwestionowana oraz znajduje się oświadczenie wiedzy: „Wymienione prace zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy, sztuką budowlaną i przy użyciu właściwych materiałów.”

W ocenie Izby takie zaświadczenie Zamawiający mógł uznać za potwierdzające należyte wykonanie zadania referencyjnego wskazanego w poz. 3 wykazu robót i tym samym uznać za potwierdzone spełnianie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Podnoszone przez Odwołującego Climamedic w odwołaniu i na rozprawie okoliczności dotyczące zmiany terminu realizacji zadania, czy wystawienia noty obciążeniowej, w świetle wskazania przez Zamawiającego, że sprawa jest na drodze sądowej o zapłatę za roboty dodatkowe, nie podważają ww. oświadczenia Inwestora. Tym bardziej, że jak wynika ze złożonych przez Odwołującego Climamedic na rozprawie noty księgowej z dnia 17 grudnia 2018 r. oraz umowy z dnia 18 października 2017 r. ze zmianami dotyczącymi m.in. zmiany terminu realizacji umowy (aneksy nr 3 z dnia 4 lipca 2018 r. i nr 5 z dnia 19 października 2018 r.), czy zmieniającego załącznik nr 3 do umowy (aneks nr 4 z dnia 29 listopada 2018 r. i ww. nr 5) kara ta została wystawiona na podstawie § 9 ust. 1 pkt 1 umowy tj. za opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy z zaznaczeniem, że zostanie potrącona z wynagrodzenia, zgodnie z § 9 ust. 3 umowy, gdzie została przewidziana taka możliwość. W sprawie nie zostało wykazane, aby takie potrącenie zostało dokonane.

-brak potwierdzenia zdolności technicznej i kadrowej kierownika budowy w zakresie okresu doświadczenia na tym stanowisku

Nie ma sporu co do tego, że SIWZ nie zawiera postanowienia odnoszącego się do sposobu liczenia okresu doświadczenia, w przypadku, gdy częściowo okresy te na różnych zadaniach będą się pokrywały.

Nie jest sporne, że z Wykazu osób złożonego przez Konsorcjum MAL-POL wynika, że p. K. R. legitymuje się 3 letnim okresem doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, w sytuacji, gdyby okresy te podlegały sumowaniu, natomiast jeśli przyjąć, że okresy zdobywanego w tym samym czasie nie podlegają sumowaniu, legitymuje się jedynie 30 miesięcznym doświadczeniem. Okres 18 miesięcznego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości nie jest kwestionowany.

W związku z tym rozstrzygnięcia wymaga, czy Zamawiający był uprawniony uznać, że został spełniony warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie, i nie występować o uzupełnienie wykazu.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z urzędu ma wiedzę, że wskazana przez Konsorcjum MAL-POL osoba ma dłuższe doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, bowiem p. K. R. sprawowała w przeszłości i obecnie funkcje kierownika budowy na inwestycjach Zamawiającego, co potwierdza wykaz złożony przez Konsorcjum MAL-POL wraz z zgłoszeniem przystąpienia. Zamawiający podał także, że pierwsza pozycja ww. wykazu osób realizowana była od 2015 r., a suma miesięcy wynosi 37 miesięcy, przy wymaganych 36 miesiącach. W związku z tym, iż nie ma jednoznacznego określenia reguły wykazania doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, Zamawiający dokonał oceny na korzyść wykonawcy. Odwołujący Climamedic nie zakwestionował powyższych informacji wskazujących na wiedzę Zamawiającego.

Skoro SIWZ odnosi wymóg w zakresie doświadczenia do okresu czasu jego zdobywania, nie regulując sposobu traktowania nakładających się częściowo okresów zdobywania doświadczenia na różnych zadaniach, to należy zgodzić się, że może budzić to uzasadnione wątpliwości. Z jednej bowiem strony można uznać, że osoba zdobywająca doświadczenie w tym samym czasie, jednak na różnych inwestycjach, zdobywa porównywalne doświadczenie, jak osoba, która takie doświadczenie zdobywa w okresach po sobie następujących. W przypadku doświadczenia nie musi bowiem chodzić jedynie o aspekt upływu czasu, lecz o aktywność w jego zdobywaniu, a zatem można uznać, że cel wykazania się doświadczeniem jest osiągany. Z drugiej natomiast strony skoro wymóg SIWZ dotyczy trzyletniego okresu doświadczenia, to za zasadne należy uznać, iż formalnie jest ono rozciągane na linii czasu.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe okoliczności, tj. posiadanie przez Zamawiającego wiedzy, że osoba wskazana przez Konsorcjum MAL-POL na kierownika budowy ma doświadczenie w wymaganym przez niego zakresie, oraz możliwą różną interpretację postanowienia SIWZ w tym zakresie, Zamawiający nie miał podstaw dowykłuczenia

tego wykonawcy z postępowania, tym bardziej, przed wezwaniem do uzupełnienia wykazu w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie takiego wystąpienia pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania. W sytuacji, gdy wykaz osób został uzupełniony przez ww. wykonawcę po wniesieniu analizowanego odwołania, nakazywanie Zamawiającemu wezwania do jego uzupełnienia należy uznać za bezcelowe.

W związku z tym odwołanie w odniesieniu do tego zarzutu także podlega oddaleniu.

- sytuacja ekonomiczna i finansowa

W tym zakresie aktualność zachowuje stanowisko Izby przedstawione powyżej przy omawianiu zarzutu odwołania w sprawie KIO 3077/20. W ocenie Izby złożone przez Konsorcjum MAL-POL zaświadczenie Banku PKO BP S.A. potwierdza spełnianie warunku udziału postawionego przez Zamawiającego w SIWZ.

Skład orzekający Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Climamedic, z którego wynika, że takie zaświadczenie mógłby uzyskać każdy, kto zwróciłby się do banku o jego wystawienie. Okoliczność, iż Bank ocenił, iż jego klient może ubiegać się o kredyt w wysokości 18 500 000,00 zł, wskazuje, że na takim poziomie ocenił jego zdolność kredytową, do tej kwoty na datę wystawienia zaświadczenia ocenił jego zdolność do spłaty kredytu wraz z odsetkami.

W związku z tym, że wykonawca wykazał spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Konsorcjum MAL-POL.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL z uwagi na złożenie dokumentów dystrybutora na potwierdzenie, że oferowane panele medyczne odpowiadają wymaganiom Zamawiającego

Stosownie do postanowień SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymagał od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, przedstawienia m.in. materiałów informacyjnych (kart katalogowych, prospektów, materiałów informacyjnych producenta, instrukcji obsługi, itp.), które pozwolą Zamawiającemu na weryfikację danych wpisanych przez Wykonawcę w Ofercie technicznej. Jak wynika z wezwania Zamawiającego do ich złożenia, w ww. materiałach wymaga się zaznaczenia i określenia odniesienia do poszczególnych punktów Ofercy technicznej.

Powyższe wskazuje, że katalog materiałów informacyjnych jest otwarty, na co wskazuje użycie w nawiasie sformułowania „itp.” W związku z tym za nieuzasadniony należy uznać zarzut odwołania. Wbrew stanowisku Odwołującego Climamedic Zamawiający nie wymagał jedynie materiałów informacyjnych pochodzących od producenta. Takie twierdzenie Odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest nieuprawnione. Materiały informacyjne pochodzące od dystrybutora, należy uznać za materiały, o których mowa w ww. postanowieniu SIWZ. W związku z tym ich złożenie stanowi o zgodności oferty z SIWZ, a nie odwrotnie.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MAL-POL, która w ocenie Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny w postaci zastosowania nieznannej ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawki podatku VAT

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.*

W tym zakresie aktualność zachowuje stanowisko Izby przedstawione powyżej przy omawianiu zarzutu odwołania w sprawie KIO 3077/20, z zastrzeżeniem odnoszącym się do odmiennej roli w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2582/20 z odwołania Erbud Operations sp. z o.o., w którym Climamedic sp. z o.o. sp. k występował jako uczestnik postępowania zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, i, jak stwierdził na rozprawie w obecnym postępowaniu, zamierza zgłosić interwencje uboczną w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w postępowaniu ze skargi na ww. wyrok w sprawie KIO 2582/20. Nie ma zatem zastosowania przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jednakże zauważenia wymaga, że zarzut podlegał już rozpatrzeniu z udziałem Odwołującego Climamedic po stronie Zamawiającego, w więc po stronie uznającej niezasadność ww. zarzutu, a obecnie jest stawiany, jako własny. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż przeczy to zasadzie koncentracji materiału dowodowego i szybkości postępowania.

W sprawie sygn. akt KIO 2582/20 został podniesiony zarzut zastosowania nieznannej ustawie stawki podatku VAT przedmiotu zamówienia innego niż panele nadłóżkowe. podczas gdy powinien według Odwołującego zastosować stawkę VAT w wysokości 23%, gdzie również zostały przedstawione jako okoliczności faktyczne informacje odnoszące się treści ceny oferty Konsorcjum MAL-POL. Oznacza to, że sprawa ceny oferty i zastosowanej stawki podatku VAT przez Konsorcjum MAL-POL była przedmiotem rozpoznania Izby w poprzednim postępowaniu odwoławczym w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę. Izba nie dopatrzyła się podstawy odrzucenia oferty MAL-POL, jak też naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nadto stwierdziła, że „zakres przedmiotu zamówienia objęty stawką 23% VAT i 8% VAT w ofercie ww. wykonawcy nie budzi wątpliwości. Ewentualne uchybienia w obliczeniach ceny mogą być zweryfikowane przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.” Izba stwierdziła również, że: „stoi na stanowisku, że w tej sprawie przedmiotu zamówienia nie można uznać za świadczenie kompleksowe”

Niezależnie od tego, m.in. z uwagi na podnoszony aspekt braku wyjaśnienia przez Zamawiającego na jakie elementy przedmiotu zamówienia Konsorcjum MAL-POL zastosowało preferencyjną stawkę 8% podatku VAT, przy jednoczesnym wskazaniu na możliwość zastosowania przez Konsorcjum MAL-POL 8% stawki podatku VAT, także do instalacji gazów medycznych, zauważenia wymaga, iż również te okoliczności, jak wynika z oświadczenia Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, były przedmiotem wyjaśnień w sprawie KIO 2582/20 i zostało wskazane, że 8% stawka podatku VAT została zastosowana przez Konsorcjum MAL-POL także na instalacje gazów medycznych, co w ocenie Zamawiającego, było uprawnione w świetle dokumentacji postępowania. Powyższe wskazuje, że kwestia, która w analizowanym odwołaniu była wskazana jako podstawa do odrzucenia oferty czy wyjaśnień oferty Konsorcjum MAL-POL tj. zastosowanie nieznannej ustawie stawki podatku VAT, została wyjaśniona.

Odwołujący Climamedic nie przedstawił merytorycznych kontrargumentów przeciwko argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej ze wskazaniem odnośnej dokumentacji postępowania, w tym STWiOR oraz przeciw

twierdzeniu Zamawiającego, iż nie wykluczył zastosowania 8% stawki podatku VAT w przypadku instalacji gazów medycznych. W swojej argumentacji Odwołujący wskazywał na wyrok Izby w sprawie KIO 70/20, pomijając jednak, że został on wydany w innych okolicznościach sprawy, gdzie zostało wykazane przez Zamawiającego, że przedmiot zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe. W uzasadnieniu którego zostało m.in. wskazane, że zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146aa pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2018 poz. 2174 wraz z późn. zm. - dalej „ustawa o VAT”) stawka podstawowa podatku VAT wynosi 23%. W załączniku nr 3 do ustawy o VAT poz. 105, jako objęte preferencyjną stawką podatku VAT, wynoszącą 8%, zostały wymienione, bez względu na symbol PKWiU, wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Jak również, że instalacje gazów medycznych po spełnieniu wymogów dla nich przypisanych, są wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2019 poz. 175 ze zm.). Odwołujący Climamedic nie wykazał, że przedmiot zamówienia w analizowanym postępowaniu stanowi świadczenie kompleksowe.

Zauważenia wymaga również, że jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie wymagał określenia stawki podatku VAT poza panelami nadłóżkowymi, a jedynie podania łącznej kwoty tego podatku. Potwierdza to treść formularza ofertowego. Oznacza to, że liczył się z tym w cenie oferty nie będzie kwoty podatku VAT obliczonej z zastosowaniem jednolitej stawki tego podatku. Izba w sprawie KIO 2582/20 nie dopatrzyła się uchybień w tym zakresie.

W związku z tym również w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp na skutek zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum P.

Zarzut ten Odwołujący Climamedic opiera na twierdzeniu, iż oferta Konsorcjum Przesmycki zawiera błędy w obliczeniu ceny w postaci zastosowania jednolitej podstawowej stawki podatku VAT dla całego zamówienia, która to okoliczność została zakwestionowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 30 października 2020 r. sygn. akt KIO 2582/20 i jednocześnie przez dokonanie w sposób nieuprawniony poprawienia przez Zamawiającego, pismami z dnia 1, 23 i 28 października 2020 r., oczywistych omyłek rachunkowych, które nie miały takiego charakteru i stanowiły de facto podstawę do zmiany oświadczenia woli tego wykonawcy zawartego w treści formularza ofertowego, o których Odwołujący powziął informację w dniu 17 listopada 2020 r. po realizacji wniosku z dnia 13 listopada 2020 r. o udostępnienie ofert konkurencji.

Jak wynika jednak ze stanowiska Zamawiającego kwestia ta była podnoszona w sprawie KIO 2582/20, gdzie została wyjaśniona dokonana przez niego poprawa omyłek w ofercie Konsorcjum P., jak również zobowiązał się do dokonania poprawy także omyłki będącej skutkiem jego uprzedniej omyłki, co nastąpiło w dniu 28 października 2020 r.

Na rozprawie Odwołujący Climamedic wskazał, że nie jest dla niego zrozumiałe stanowisko Zamawiającego, w którym kilkakrotnie dokonywał poprawy oferty konsorcjum Przesmycki czyniąc to na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a jednocześnie podał, że następowało to w sposób następujący: 1 października 2020 została dokonana poprawa oferty o 3 gr, skutkiem czego nastąpiło zmniejszenie o tę wartość ceny brutto oferty. W dniu 23 października 2020 nastąpiła zmiana ceny oferty w ten sposób, że Zamawiający zmniejszył ją o wartość 189 981,53 zł. Następnie w dniu 28 października 2020 r. Zamawiający dokonał kolejnej zmiany oferty konsorcjum, tym razem w załączniku nr 3 dla systemu eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych w miejsce stawki 8% wpisał 23%, nie dokonując w tym zakresie zmiany ceny oferty.

Jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, w dniu 1 października 2020 r. została dokonana poprawa oferty Konsorcjum P. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez obniżenie ceny o 3 gr, co wynikało z podsumowania podanych w formularzu wielkości tj. ceny netto i VAT. Następnie w dniu 23 października 2020 r. dokonał kolejnej zmiany, która była wynikiem przyjęcia za wiążącą stawki VAT w wysokości 8% podanej w załączniku nr 3 do oferty tego wykonawcy, skutkiem czego Zamawiający zmniejszył cenę oferty o 189 981,53 zł. W formularzu ofertowym (głównym) dla całości była bowiem podana wartość podatku VAT obliczona z zastosowaniem stawki 23%. Następnie w dniu 28.10.2020 Zamawiający dokonał sprostowania omyłki, jaką popełnił w dniu 1 października 2020 r., kiedy to pracownik Zamawiającego w trzecim wierszu (na trzy), w miejsce wielkości 23%, podanej przez wykonawcę, wpisał 8%.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego Climamedic, poprawie w ofercie Konsorcjum Przesmycki podlegały omyłki rachunkowe. Jedynym miejscem do podania stawki podatku VAT w ofercie, jakie przewidział Zamawiający w SIWZ był ww. załącznik nr 3 do SIWZ – oferta cenowo-techniczna dla paneli nadłóżkowych. W sytuacji, gdy Konsorcjum Przesmycki w tym załączniku dla paneli nadłóżkowych przewidziało stawkę podatku VAT w wysokości 8% i przedstawiło ich wartość z uwzględnieniem podatku VAT obliczonego przy zastosowaniu stawki preferencyjnej, to konsekwencją tego działania powinno być uwzględnienie tej wartości w całkowitej cenie zamówienia. W sytuacji, gdy wykonawca tego nie uczynił, to za zasadne należy uznać działanie Zamawiającego polegające na dokonaniu poprawy omyłki w tym zakresie z uwzględnieniem oświadczenia woli, co do zastosowania stawki 8% na panele nadłóżkowe. Jak zostało powyżej wskazane, formularz ofertowy w odniesieniu do pozostałego zakresu zamówienia nie przewidywał podania stawki VAT, a jedynie podania wartości tego podatku.

Powyższe wskazuje, że zarzut nie znajduje potwierdzenia.

Nie potwierdziły się także postawione z ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Konsorcjum MAL-POL oraz odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak również w przypadku nie uwzględnienia zarzutów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania wykonawcy Konsorcjum MAL-POL do uzupełnienia dokumentów lub złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

Jak wyżej wskazano dokumenty złożone przez Konsorcjum MAL-POL potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, jak też potwierdzają brak podstaw odrzucenia jego oferty. Nie ma zatem podstaw do wzywania tego wykonawcy do ich uzupełnienia.

W związku z powyższym nie potwierdził również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum MAL-POL. W

sytuacji, gdy nie zostało wykazane aby oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na wskazanych w odwołaniu podstawach, jak również aby wykonawca ten podlegał wykluczeniu na wskazanych w odwołaniu podstawach, zaistniały podstawy do dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 3077/20 i KIO 3084/20 orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2).

Przewodniczący: