Sygn. akt: KIO 123/20 Sygn. akt: KIO 127/20 Sygn. akt: KIO 141/20	WYROK z dnia 7 lutego 2020 roku
Krajowa Izba Odwoławcza	- w składzie:

Przewodniczący:	Irmina Pawlik Anna Packo Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku - sygn. akt KIO 123/19;

B. w dniu 24 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach - sygn. akt KIO 127/20;

C. w dniu 24 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach - sygn. akt KIO 141/20;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki" z siedzibą w Łodzi

przy udziale:

A. wykonawcy Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 oraz KIO 141/20;

B. wykonawcy Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 123/20;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 127/20 oraz KIO 141/20;

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt KIO 123/20:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 10 pkt 2a SIWZ i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ;

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Instytutu „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku z siedzibą w Warszawie kwotę 23 897 zł 54 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 127/20:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 10 pkt 2a SIWZ i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ;

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Instytutu „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi na rzecz odwołującego Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach kwotę 24 050 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące pięćdziesiąt złotych i zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę;

III. w sprawie o sygn. akt KIO 141/20:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w § 10 pkt 2a i 2b SIWZ i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ oraz warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2b SIWZ;

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Instytutu „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi na rzecz odwołującego Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach kwotę 20 000 zł

00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od

odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 123/20
Sygn. akt: KIO 127/20
Sygn. akt: KIO 141/20

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

Zamawiający Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki" z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty budowlane mające na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A" w systemie „zaprojektuj i wybuduj" w związku z realizacją projektu pn. „Modernizacja i doposażenie

Kliniki Położnictwa, Perinatologii i Ginekologii - Bloku Porodowego w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki" w Łodzi ". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2019 r. pod numerem 2019/S 192-465450. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn akt KIO 123/20

W dniu 23 stycznia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku (dalej jako „Odwołujący 1" lub „Konsorcjum VIK-BUD") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując na dokonanie przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy następujących czynności:

- Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty PAGMA-BUD na podstawie postanowienia zawartego w formularzu ofertowym, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, zaś wskutek zaniechania dokonania ww. czynności, Zamawiający uznał PAGMA-BUD jako pełnoprawnego uczestnika postępowania i prowadził wobec tego wykonawcy dalsze czynności przetargowe;

- Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania PAGMA-BUD do uzupełnienia dokumentu - zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób w postaci zdolności technicznej lub zawodowej - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

- Zamawiający bezpodstawnie uznał, że PAGMA-BUD spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy PAGMA-BUD jako najkorzystniejszej.

Odwołujący 1 wskazał, iż powyższe zaniechania i czynności naruszają w szczególności dyspozycję art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; odrzucenia oferty wykonawcy

PAGMA-BUD; powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert lub jeżeli skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uzna, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy PAGMA-BUD, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania w trybie art 26 ust. 3 ustawy Pzp PAGMA-BUD do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu ZAB-BUD A. Z. do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w celu udowodnienia przez wykonawcę PAGMA-BUD, że będzie on dysponował tymi zasobami w zakresie niezbędnym do należytego wykonania

zamówienia, z uwzględnieniem warunku określonego w art 22a ust 4 ustawy Pzp, a po

uzupełnieniu przez PAGMA-BUD zobowiązania podmiotu ZAB-BUD A. Z. do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, powtórzenia czynności badania i

oceny ofert.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący 1 wskazał na pkt 2 formularza ofertowego, gdzie Zamawiający zastrzegł, iż w tabeli zawarty został limit wynagrodzenia, jaki nie może być przez wykonawcę przekroczony z przyjęciem, że sumaryczne wynagrodzenie podane w kolumnie „Wynagrodzenie [%]" będzie sumowało się równo do 100%. Zamawiający wskazał także, że „nie może poprawiać żadnej wartości w kolumnie „Wynagrodzenie [%]" i w ten sposób, brak sumowania się do 100% w tej kolumnie będzie powodowało konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ". Odwołujący 1 podniósł, iż PAGMA-BUD w złożonym formularzu ofertowym wskazał wartości procentowe, które nie sumują się do wartości 100%. Po zsumowaniu ilości procentów w tej kolumnie uzyskuje się wartość 100,1%. Wobec tego Zamawiający winien odrzucić ofertę PAGMA-BUD jako niezgodną w swej treści z treścią SIWZ. Odwołujący 1 dodał, że Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ i winien stosować się do tych postanowień.

Uzasadniając pozostałe zarzuty Odwołujący podniósł, iż PAGMA-BUD do oferty załączył zobowiązanie podmiotu „ZAB-BUD" A. Z., z którego wynika, że podmiot ten udostępnił zasób w postaci doświadczenia. Jako sposób wykorzystania udostępnionego zasobu wskazano: wykorzystanie wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych. W dalszej części zobowiązania wskazano, że wykonawcę i podmiot „ZAB-BUD" A. Z. łączyć będzie umowa o podwykonawstwo w zakresie wykonania ścian GK i sufitów podwieszanych. Zdaniem Odwołującego 1 wykorzystanie wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych, to za mało, aby należycie wykonać zamówienie. Doświadczenie jest dobrem nierozerwalnie związanym z podmiotem i me można udostępnić go poprzez konsultacje i doradztwo. Nadto w ocenie Konsorcjum VIK-BUD istotnym jest, że wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu „ZAB-BUD" A. Z. poprzez konsultacje i doradztwo ma nastąpić tylko w zakresie prowadzonych prac budowlanych. Przedmiotem zamówienia są zaś nie tylko prace budowlane, ale także uprzednie prace projektowe. Przedmiotowe zamówienie należy do zamówienia wykonywanego w formule „zaprojektuj i wybuduj". Odwołujący 1 powołał się na warunek wskazany w § 10 w tabeli w wierszu 21, wskazując, że wobec jego treści samo wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu „ZAB-BUD" w zakresie prac budowlanych w drodze konsultacji i doradztwa, to zdecydowanie za mało. Brak udostępnienia doświadczenia w zakresie projektowania oświadczać musi, że wykonawca PAGMA-BUD nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia.

Następnie Odwołujący 1 zwrócił uwagę na wskazanie w zobowiązaniu podmiotu „ZAB-BUD", że podmiot ten wykona tylko bardzo wąski zakres przedmiotowy zamówienia w postaci ścian GK i sufitów podwieszanych. Taki zakres prac wykonać może kilkuosobowa brygada remontowa bez nadzwyczajnego doświadczenia. Odwołujący 1 wskazał, iż Zamawiający żądał od wykonawców doświadczenia w kompleksowym wykonaniu roboty budowlanej z formule „zaprojektuj i wybuduj" przy wykonywaniu co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publiczną w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych brutto co najmniej 4 000 000,00 PLN, Wykonawca PAGMA-BUD w wykazie robót wskazał tylko jedną taką robotę, i jak wynika z oferty, robotę tę wykonał podmiot „ZAB-BUD". Zatem wykonawca PAGMA-BUD nie wykazał swojego doświadczenia w ogóle. Zdaniem Odwołującego 1 przyjąć zatem można, że nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Wymagane doświadczenie posiada wyłącznie podmiot „ZAB-BUD" A. Z. . Zauważył, że mając na uwadze treść art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, skoro wymagane doświadczenie ma wyłącznie podmiot „ZAB-BUD" to przedmiotowe zamówienie musi wykonać ten podmiot. Deklaracja zawarta w zobowiązaniu, że wykona ściany GK i sufity podwieszane, to za mało. Dlatego w ocenie Odwołującego 1 PAGMA-BUD nie może polegać na doświadczeniu podmiotu „ZAB-BUD".

Odwołujący 1 wskazał, iż Zamawiający, uznając, że wykonawca PAGMA-BUD spełnia warunki udziału w postępowaniu i może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem PAGMA-BUD nie wykazał, że spełnia warunek posiadania technicznej lub zawodowej w zakresie określonym postanowieniami SIWZ. Podniósł, iż zgodnie z art 22a ust 3 ustawy Pzp, do obowiązków Zamawiającego należało zbadanie, czy udostępnione wykonawcy PAGMA-BUD przez podmiot „ZAB-BUD" zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie sprostał tomu obowiązkowi, zatem naruszył art 22a ust. 3 w związku z art 22a ust. 2 i ust 4. Dalej podniósł, iż skoro wykonawca PAGMA-BUD nie udowodnił, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu „ZAB-BUD", Zamawiający winien wezwać wykonawcę PAGMA-BUD do uzupełnienia zobowiązania tego podmiotu, którym wykonawca udowodni Zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu w zakresie wymaganym postanowieniami SIWZ. Zamawiający nie wzywając wykonawcy PAGMA-BUD do uzupełnienia przedmiotowego zobowiązania, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy PAGMA-BUD jako najkorzystniejszej, czym naruszył także art. 91 ust 1 Ustawy.

Zamawiający w dniu 6 lutego 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Pagma-Bud z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, iż oferta Pagma-Bud odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego określonym w SIWZ. Wartości cen w trzech podzakresach zostały przeliczone na procenty a ich suma, dokonana zgodnie z ogólnymi zasadami wyrażania wyników matematycznych, stanowi 100%. Oczekiwanym wynikiem łącznym była wartość 100%, co wprost wynika z treści Formularza Oferty. Działanie matematyczne, rachunkowe polegające na przeliczeniu zaoferowanej ceny na procenty a następnie zsumowania tych procentów zostało zaokrąglone prawidłowo. Zgodnie z niekwestionowanymi i powszechnymi zasadami zaokrąglenie wyniku 100,1% do pełnej wartości oznacza ostatecznie 100%. Działanie to jest prawidłowe. Podkreślenia wymaga, iż to cena jest elementem istotnym oferty (kryterium wyboru) a nie przeliczenie tej ceny na procenty, czy pojęcie procentu wynagrodzenia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postepowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ, Zamawiający podniósł, iż wskazana w Wykazie robót budowlanych inwestycja zrealizowana przez ZAB-BUD odpowiadała ww. warunkowi. Wyjaśnił, iż zobowiązanie Zab-Bud do oddania Pagma-Bud zasobów wskazywało sposób wykorzystania doświadczenia poprzez konsultację i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych. Czasookres udostępnienia wiedzy to okres trwania zamówienia. Dodatkowo z zobowiązania tego wynika wprost charakter stosunku prawnego łączącego Zab-Bud i Pagma-Bud, nazywanego też Generalnym Wykonawcą, tj. umowa o podwykonawstwo robót budowlanych w zakresie wykonania ścian GK i sufitów podwieszanych. W ocenie Zamawiającego zobowiązanie odpowiada dyspozycji § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawiera wszystkie wymagane tą normą informacje. Żaden z przedstawionych przez Pagma-Bud dokumentów nie budził wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż jest dla niego oczywistym, że Zab-Bud będzie uczestnikiem procesu budowlanego, będzie udostępniał swoje doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj, przez cały okres ich trwania a nadto będzie też wykonywał część, element samych robót budowlanych objętych postępowaniem jako podwykonawca. Wymagane w SIWZ zdolności techniczne i zawodowe, doświadczenia w zakresie wykonania roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj będą przedmiotem realizacji przez Zab-Bud przez cały okres trwania wykonania. Zamawiający dodał, że nie budziła jego wątpliwości realność udostępnionych zasobów, co najmniej wobec istnienia podwykonawstwa, co przecież nie jest wymogiem ustawowym. Powołał się na orzeczenia Izby z dnia 10 września 2018 r., sygn. akt KIO 1691/18, z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2390/17, z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1162/19 i wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt XII Ga 178/187.

Sygn akt KIO 127/20

W dniu 24 stycznia 2020 r. wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo

Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Odwołujący 2" lub „Mostostal") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie

prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty PAGMA-BUD w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty PAGMA-BUD w przypadku, w którym oferta PAGMA-BUD nie została zabezpieczona wadium;

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty PAGMA-BUD w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia ofert: PAGMA-BUD; VIK-BUD Sp. z o.o. Sp.k oraz Konsorcjum firm: AS-BUD M. S. Sp. j., INSBUD A. Ś. i Zakład Instalacji Elektrycznych A. S. (dalej „Konsorcjum AS-BUD"), mimo, iż zawierają one błąd w obliczeniu ceny, gdyż wykonawcy ci zastosowała jednolitą stawkę podatku

VAT na cały przedmiot Zamówienia (23%), tymczasem wykonanie instalacji gazów medycznych podlega opodatkowaniu VAT stawką preferencyjną tj. 8%;
ewentualnie na wypadek bezpodstawności powyższych zarzutów:

3. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ew. art. 26 ust. 3 w zw. art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez

bezpodstawne przyjęcie, iż PAGMA-BUD wykazała, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w §10 pkt 2a SIWZ w przypadku, gdy podmiot udostępniający zasoby w tym zakresie (ZAB-BUD A. Z.) zadeklarował jedynie bardzo wąski zakres jego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia tj. nieadekwatny do treści warunku udziału w postępowaniu, a PAGMA-BUD winna być wezwana do wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w trybie art. 22a ust. 6 lub art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny oferty PAGMA-BUD i jej odrzucenie z uwagi na brak zabezpieczenia wadium, dokonania ponownej oceny ofert PAGMA-BUD, Konsorcjum VIK-BUD oraz Konsorcjum AS-BUD i nakazanie ich odrzucenia z uwagi na to, że zawierają błędy w obliczeniu ceny, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania przez PAGMA-BUD warunku udziału w postepowania z § 10 pkt 2.1 SIWZ i wezwanie PAGMA-BUD do wykazania spełnienia tego warunku.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający pominął, iż PAGMA-BUD dołączyła do swojej oferty gwarancję wadialną nr 02GG09/0640/19/0005 z dnia 27.11.2019 roku, wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, jednakże z jej treści wynika, że nie zabezpiecza ona ew. roszczeń przeciwko PAGMA- BUD, lecz przeciwko PAGMA PROJEKT Sp. z o.o. tj. podmiotowi, który nie złożył oferty w postępowaniu. W efekcie, powstała sytuacja, w której oferta PAGMA-BUD nigdy nie była zabezpieczona wadium, a Zamawiający nie jest w stanie zatrzymać wadium PAGMA-BUD w przypadkach określonych w art. 46 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Odwołujący 2 podniósł, iż wykonawcy PAGMA-BUD, Konsorcjum VIK-BUD oraz Konsorcjum AS-BUD zastosowali jednolitą stawkę podatku VAT na cały przedmiot Zamówienia (23%), co wynika ze złożonych formularzy ofertowych, tymczasem wykonanie instalacji gazów medycznych podlega opodatkowaniu stawką preferencyjną tj. 8%. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający pominął, że elementem przedmiotu zamówienia jest wykonanie wyrobu medycznego - instalacji gazów medycznych, co podlega opodatkowaniu stawką preferencyjną podatku VAT o wartości 8%. Powołał się na Załącznik nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług oraz zawarty tam Wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7% (obecnie stawką 8% - zgodnie z art. 114 ust. 1 ustawy) w którym uwzględniono m. in. pozycję nr 105: wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika). Podkreślił, iż instalacja gazów medycznych, będąca elementem przedmiotu zamówienia, stanowi wyrób medyczny.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający pominął, że powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, iż zasadą jest odrębne opodatkowanie różnych świadczeń realizowanych w ramach jednej umowy. Jedynie w drodze wyjątku dopuszcza się stosowanie stawki jednolitej, gdy dane świadczenie jest niezbędne do wykonania głównego elementu zamówienia tj. pełni wyłącznie rolę służebną względem głównego elementu świadczenia. Zdaniem Odwołującego 2 należało przyjąć, że wykonanie instalacji gazów medycznych jest świadczeniem odrębnym w ramach przedmiotu zamówienia, co nakazuje opodatkować je

stawką preferencyjną. Powołał się na wydana na jego wniosek w dniu 9 grudnia 2019 roku przez Krajową Administrację Skarbową indywidualną interpretację podatkową, gdzie przyjęto, iż wykonanie instalacji gazów medycznych, jako wyrobu medycznego, jest świadczeniem odrębnym od reszty robót budowlanych realizowanych w ramach budowy, przebudowy, czy remontu budynku, w którym Zamawiający wykonuje świadczenia opieki medycznej, wobec czego podlega opodatkowaniu stawką preferencyjną. Interpretacja ta została załączona do odwołania. Odwołujący 2 wskazał także na inne interpretacje wydane w tym zakresie: z dnia 6 sierpnia2015 roku [znak: IBPP2/4512-441/15/WN]; z dnia 15 września 2016 roku [znak: iPPP3/4512-517/16-l/RDJ; z dnia 10 lipca 2017 roku [znak: 0111-KDiB3-l.4012.178. 2017.2JP]; z dnia 1 marca 2018 roku [znak: 0114-KDiPl-l.4012.694.2017.2JO; z dnia 19 września 2018 roku [znak: 0112-KDIL1-3.4012.460.2018.2.AP. Wskazał także na wyrok KIO z dnia 8 lipca 2019 roku, sygn. akt KIO 1046/19 i KIO 1066/19, w którym odwołano się do stanowisko Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 20 października2011 roku, sygn. akt: III CZP 52/11. W konsekwencji zdaniem Odwołującego 2 należało uznać, że oferty, które uwzględniały stawkę podstawową VAT [23%] w zakresie instalacji gazów medycznych zawierają błąd w obliczeniu ceny i winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. art. 22a ust. 4 i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, Odwołujący Mostostal Zabrze podniósł, iż Zamawiający winien ocenić realność udostępnienia zasobu, na który PAGMA-BUD się powołała w swojej ofercie. Wskazał na § 10 pkt 2.1 SIWZ oraz na treść zobowiązania ZAB-BUD A. Z. z dnia 28 listopada 2019 roku, z której wynika, że nie zrealizuje on robót budowlanych lub usług, do realizacji których zdolności podmiotu trzeciego są wymagane. Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje wiele specjalistycznych robót, natomiast podmiot udostępniający zasób będzie - jak zdeklarował - uczestniczył w realizacji zamówienia wyłącznie poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie robót budowlanych i wykona ściany GK i sufity podwieszane. Zdaniem Odwołującego 2 tak zdefiniowany zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób jest zbyt wąski i nie gwarantuje realnego udostępnienia PAGMA-BUD wiedzy i doświadczenia. Po pierwsze, podmiot udostępniający zasób zdeklarował bezpośredni udział w wykonaniu bardzo wąskiego - w odniesieniu do pełnego przedmiotu Zamówienia - rodzaju robót budowlanych. Po drugie, roboty, które ma on wykonać należą do kategorii prostych robót budowlanych tj. z pewnością nie są to kluczowe dla należytego wykonania całego zamówienia prace, a sens normy określonej w art. 22a ust. 4 jest taki, by podmiot udostępniający zasób zrealizował takie prace, do których wykonania jest niezbędny zasób, który zobowiązał się udostępnić. Po trzecie, podmiot udostępniający zasób nie zdeklarował swojego jakiegokolwiek udziału w realizacji Zamówienia na etapie projektowym. Tymczasem, z brzmienia warunku udziału w postępowaniu wynika, że dotyczy on formuły „zaprojektuj i wybuduj" tj. wykonawca musi się legitymować również doświadczeniem w fazie projektowej. Jeśli podmiot, który udostępnił zasób nie będzie - jak to wynika z pisemnego zobowiązania - uczestniczył w jakiejkolwiek formie w wykonaniu usługi projektowej, to nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że przekazanie wiedzy i doświadczenia jest realne i zagwarantuje należyte wykonanie Zamówienia. W konsekwencji Zamawiający powinien przyjąć, iż PAGMA-BUD nie wykazała, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i wezwać ją do przedłożenia dokumentów w trybie art. 22a ust. 6, ew. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 6 lutego 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał na brak interesu Mostostal Zabrze we wniesieniu odwołania, z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy została sklasyfikowana na ostatnim miejscu i nie ma on możliwości uzyskania zamówienia. Dodał, że Odwołujący 2 nie podniósł żadnych zarzutów w odniesieniu do oferty Climamedic. Powołał się na wyroki Izby z dnia 1 marca 2019 r. sygn. akt KIO 265/19 i z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt KIO 419/19.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający

wskazał, iż Pagma-Bud wniosła wadium prawidłowo. Wyjaśnił, że Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. powstała z przekształcenia Pagma Projekt Sp. z o.o. w trybie art. 555 § 1 k.s.h., co wynika już z odpisu KRS, zarówno spółki przekształcanej, jak i przekształconej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący 2 pomija okoliczność, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj. Ten system z założenia uniemożliwia dokładne wskazanie i rozróżnienie zakresów przyszłych robót budowlanych, które mogłyby być potencjalnie objęte różnymi stawkami podatku AT, Wskazał, iż na gruncie ustawy Pzp czym innym jest wykonanie robót budowlanych, a czym innym uprzednie zaprojektowanie i dopiero następcze wykonanie robót budowlanych, powołał się na wyroki KIO z dnia 5 maja 2014 r., sygn. akt KIO 782/14, z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 59/16. W jego ocenie dopiero po przygotowaniu dokumentacji projektowej i jej zaakceptowaniu przez

Zamawiającego pojawi się możliwość dokładnego wskazania zakresów robót budowlanych sensu stricte i ustalenie, które z elementów złożonego procesu inwestycyjnego mogą być ewentualnie objęte inną niż podstawowa stawką VAT. Dodał, że złożona przez Odwołującego 2 interpretacja podatkowa wywołuje skutki wyłącznie w przypadku pokrywania się rzeczywistego stanu faktycznego z zawartym w opisie wniosku. Wskazał, że stan opisany w interpretacji dotyczy jedynie robót budowlanych, bez uprzedniego projektowania. Podkreślił, że ani Zamawiający, ani żaden z oferentów nie może wskazać zakresu ilości, wartości robót obejmujących nominalne wyroby medyczne, w szczególności z zakresu gazów medycznych, ponieważ nikt nie może uprzednio wskazać ile, gdzie i jakie dokładnie instalacje doprowadzające gazy medyczne będą w przyszłości zaprojektowane. Wskazał na wyrok Izby z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 3/13. Zamawiający zauważył także, że Odwołujący 2 błędnie odniósł ten zarzut do oferty VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k., podczas gdy w postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum VIK-BUD Sp. z o.o. Sp.k. i VIK-BUD Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 10 pkt 2a SIWZ Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 123/20.

Sygn akt KIO 141/20

W dniu 24 stycznia 2020 r. wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach (dalej jako „Odwołujący 3" lub „Climamedic") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD

z postępowania w powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego w wyniku czego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż PAGMA-BUD spełnia postawiony w tym zakresie warunek zdolności technicznej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania w powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie wymaganego minimalnego doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika budowy, kierowników branżowych

(elektrycznego i sanitarnego) oraz projektanta (konstrukcyjno-budowlany), w wyniku

czego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż PAGMA-BUD spełnia postawiony w tym zakresie warunek zdolności technicznej;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PAGMA-BUD ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, której nie można skorygować w trybie art. 87 ustawy Pzp, polegającą na złożeniu wraz z ofertą formularza ofertowego sporządzonego

niezgodnie z wymaganiami SIWZ;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania w powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia - aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzająca, że PAGMA-BUD nie została skazana za przestępstwa określone w art. 24 ust 1 pkt 13, 14, 21, na dzień składania ofert;

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PAGMA-BUD oraz pozostałych ocenionych ofert, ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący 3 wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty PAGMA-BUD oraz ofert innych ocenionych wykonawców, a także dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych prawidłowych ofert złożonych w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu wskazanego w rozdz. V § 10 pkt 2a. SIWZ przez PAGMA-BUD Odwołujący 3 podniósł, iż przedstawione przez PAGMA-BUD zobowiązanie nie spełniało wymagań określonych w art. 22a ustawy Pzp, tj. nie pozwalało stwierdzić, iż zobowiązanie ma charakter realny i gwarantuje pełen dostęp do udostępnionego doświadczenia. Odwołujący Climamedic wskazał, iż z przedstawionego wykazu robót oraz referencji wynika bezsprzecznie, iż warunek wiedzy i doświadczenia określony w SIWZ spełnia tylko i wyłącznie podmiot trzeci tj. „ZAB-BUD" A. Z. . Z kolei złożone zobowiązanie w zakresie udziału przy wykonaniu zamówienia nie potwierdziło udziału podmiotu trzeciego przy projektowaniu, a w zakresie robót budowlanych ograniczało się jedynie do bardzo wąskiego zakresu (wykonanie ścian GK i sufitów podwieszanych). Ponadto przedłożony Wykaz robót nie potwierdził wykazania się przez PAGMA-BUD doświadczeniem w zakresie projektowania (zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ). Tym samym, gdyby oferta PAGMA-BUD nie podlegała odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany byłby wezwać PAGMA-BUD do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, względnie Wykazu robót budowlanych wobec niewykazania poprzez złożone wraz z ofertą oraz na wezwanie dokumenty spełnienia postawionego w tym zakresie warunku.

Uzasadniając zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdz. V § 10 pkt 2a. SIWZ przez PAGMA-BUD Odwołujący 3 podniósł, iż w złożonym na wezwanie Zamawiającego Wykazie osób PAGMA-BUD w odniesieniu do każdej z osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy, kierownika robót oraz projektanta nie wskazała, zawarła informacji potwierdzających posiadanie minimalnego oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia. PAGMA-BUD powieliła jedynie zapisy warunku w zakresie minimalnych wymagań kadry określonych w SIWZ, co nie jest tożsame z informacjami jakie wymagał Zamawiający w zał. nr 4 do SIWZ (wykaz osób). W ocenie Odwołującego 3 powielenie zapisu warunku w złożonym przez PAGMA-BUD Wykazie osób nie potwierdza w żaden sposób jego spełnienia. PAGMA-BUD nie potwierdziła ani posiadania przez Kierowników oraz Projektanta min. 5 letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji ani nie wykazała doświadczenia przy pełnieniu przez poszczególnych Kierowników funkcji przy co najmniej 1 przebudowie lub remoncie obiektów użyteczności publicznej, a dla Projektanta pracy w wykonaniu co najmniej 1 projektu obiektu użyteczności publicznej (brak informacji o nazwie inwestycji/projektu, zakresie, okresie pełnienia funkcji/wykonania projektu itp.). Brak jest zatem jakichkolwiek informacji o zamierzeniach inwestycyjnych, w których Panowie Ł. L., J. B., N. J. (kierownicy budowy, robót) oraz Pan R. G. (projektant) pełnili funkcje przez wymagany przez Zamawiającego okres, jak również brak jest wskazania konkretnych zamierzeń inwestycyjnych (co najmniej 1 inwestycja lub projekt) dla ww. osób. Odwołujący 3 wskazał dodatkowo, iż złożona przez PAGMA-BUD oferta, jak i dokumenty potwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie dają podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp bowiem wyjaśnieniom może polegać jedynie informacje zawarte w ofercie lub ww. dokumentach, a nie ich brak (zresztą Zamawiający i tak nie wykonał czynności wyjaśniających w powyższym zakresie). Tym samym, gdyby oferta PAGMA-BUD nie podlegała odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany byłby wezwać PAGMA-BUD do uzupełnienia Wykazu osób wobec niewykazania poprzez złożone na wezwanie dokumenty spełnienia postawionego w tym zakresie warunku.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty PAGMA-BUD z treścią SIWZ, Odwołujący 3 wskazał na zastrzeżenie dokonane przez Zamawiającego w formularzu oferty i podniósł, iż PAGMA-BUD złożyła wraz z ofertą Formularz Oferty, wedle którego wynagrodzenie w % zostało ukształtowane w sposób następujący: Dokumentacja projektowa: 5,70%; Wykonanie robót budowlanych: 93,81%; Nadzór autorski: 0,50%. Z

podsumowania ww. pozycji wynika, iż cena oferty razem to 100,01 %, a więc wartość niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie w ocenie Climamedic zastrzeżenie przez Zamawiającego jakiekolwiek jego ingerencji w treść składanych formularzy, powoduje, iż podane wartości wynagrodzenia w % nie podlegały sprostowaniu zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut niewykazania przez PAGMA-BUD braku podstaw wykluczenia, w odwołaniu powołano się na Rozdz. V § 11 SIWZ oraz wskazano, iż PAGMA-BUD za pismem z dnia 03 stycznia 2020 r. złożyła Informację z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy PAGMA-BUD Sp. z o.o. Sp. k. oraz Komplementariusza wykonawcy tj. PAGMA-BUD Sp. z o.o. Przedłożone dokumenty potwierdzały brak karalności na dzień 18 grudnia 2019 r. Pismem z dnia 7 i 8 stycznia 2020 r., wobec braku złożenia wszystkich wymaganych dokumentów PAGMA-BUD została wezwana do ich uzupełnienia tj. złożenia Informacji z Krajowego Rejestru Karnego odpowiednio dla Pani K. K. - prokurenta oraz „ZAB-BUD" A. Z. (podmiot użyczający zasoby). W odpowiedzi PAGMA-BUD za pismem z dnia 7 oraz 14 stycznia 2020 r. złożyła Informację z KRK dla p. K. K. oraz p. A. Z. . Przedłożone dokumenty potwierdzały brak karalności dla Pani K. K. na dzień 17 października 2019 r., Pana A. Z. na dzień 15 listopada 2019 r. Z powyższego w ocenie Odwołującego 3 wynika, iż PAGMA-BUD

nie wykazała braku podstaw do wykluczenia z powodu braku karalności w okresie od dnia złożenia przez PAGMA-BUD oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (JEDZ), tj. od dnia 29 listopada 2019 r. (dzień złożenia oferty) do dnia wskazanego każdorazowo w przedłożonych zaświadczeniach (KRK dla PAGMA-BUD). Zdaniem Climamedic użyte w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „aktualne na dzień złożenia" w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO oraz stanowiska UZP nie oznacza, że wykonawca powinien dysponować środkami dowodowymi na okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jedynie na określony, „punktowy" moment ich rewizji, lecz powinien móc wykazać te okoliczności przez cały czas trwania postępowania. Przyjęcie odmiennej interpretacji obowiązujących przepisów prowadziłoby do pozaprawnego zróżnicowania sytuacji wykonawców, którzy wzywani do złożenia dowodów w różnych momentach, mogliby całkowicie przypadkiem nie zostać wykluczeni, bo akurat nie figurują w KRK. Odwołujący 3 powołał się w tym zakresie na wyrok KIO o sygn. akt KIO 685/19.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący 3

wskazał, iż Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu obliczenia ceny oferty przy zastosowaniu konkretnej stawki podatku VAT dla poszczególnych elementów robót, pozostawiając samym wykonawcom decyzję o ustaleniu prawidłowej stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Tym samym to na wykonawcy ciążył obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, przy zastosowaniu której powinien skalkulować cenę oferty. Odwołujący 3 wskazał na zakres przedmiotu zamówienia, podkreślając, iż zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określa szczegółowo: PFU stanowiący Załącznik nr 6 do SIWZ oraz Istotne postanowienia umowy, stanowiące Załącznik nr 5 do SIWZ. Jednocześnie zauważył, że Zamawiający w załączniku do PFU „Aparatura medyczna wbudowana na stałe w elementy budowlane wykaz", określił wymagania, parametry techniczne oraz ilości sprzętu medycznego będącego w zakresie wykonawcy. Wedle tegoż załącznika Zamawiający wymagał uwzględnienia w cenie oferty sprzętu medycznego tj.:

- Kolumna chirurgiczna laparsokopowa - Urządzenie zakwalifikowane do wyrobów medycznych klasy IIb, Deklaracja zgodności i certyfikat CE producenta opisujący konkretny typ i model urządzenia;

- Kolumna anestezjologiczna - dystybucyjna - Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzu oraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do

URPLWMIPB;

- Lampa operacyjna dwuczaszowa;

- System zintegrowany na salę operacyjna laparoskopową pozwalający na sterowanie urządzeniami medycznymi - Wyrób klasy I, zgodny z IEC 60601-1;

- Kolumna chirurgiczna Sala cięć - Certyfikat CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla urządzenia. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzuoraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;

- Kolumna anestezjologiczna - Certyfikat CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla urządzenia. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzuoraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;

- Kolumna chirurgiczna - Certyfikat CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla urządzenia. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzu oraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;

- Lampa operacyjna bezcieniowa- Deklaracje zgodności wytwórcy klasy I zgodnie z 93/42/EEC (urządzenia oferowane);

- Lampa bezcieniowa sufitowa - Deklaracje zgodności wytwórcy klasy I zgodnie z 93/42/EEC (urządzenia oferowane).

Potwierdzenie faktu, iż ww. sprzęt jest w zakresie postępowania znajduje również

odzwierciedlenie w udzielanych przez Zamawiającego odpowiedziach do SIWZ, w tym odpowiedzi z dnia 8 listopada 2019 r. (pyt. nr 15-38), które dotyczą dopuszczenia określonych parametrów technicznych ww. sprzętu medycznego. Nie wyłączają tym samym tegoż zakresu z zakresu przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego 3, dla sprzętu medycznego wskazanego w ww. załącznikach każdy z wykonawców był zobowiązany do zastosowania preferencyjnej stawki VAT dla dostawy i montażu sprzętu medycznego. Jednocześnie kalkulując cenę oferty każdy w wykonawców zastosować winien dwie stawki podatku VAT, tj. stawkę podstawową 23% (dla robót budowlanych) oraz preferencyjną 8% stawkę podatku VAT. Zastosowanie preferencyjnej stawki podatku wynika z dyspozycji art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Odwołujący 3 wyjaśnił, iż co do zasady towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową, która wynosi 23% (w tym przypadku dla robót budowlanych) z wyłączeniem jej stosowania, gdy w przepisach przewidziano możliwość określenia innej stawki i zaistniały w dniu powstania obowiązku podatkowego przesłanki do jej zastosowania. Wskazał na wyroki KIO z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1845/09; z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2809/13, z dnia 1 lipca 2016 r. sygn. akt KIO: 898/16,899/16, 901/16, wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2012/12. Odwołujący 3 pokreślił również, iż dyspozycja 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług nie daje możliwości, lecz czyni obowiązek zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w przypadku dostawy sprzętu medycznego. Powołał się także na art. 5 ust. 1 pkt 1, art. 2 pkt 6 i art. 8 ust. 1 ustawy o VAT oraz poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy, gdzie wymieniono wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.

Podsumowując Odwołujący Climamedic stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu każdy z wykonawców zobowiązany był do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT, tj. 8% dla dostawy ww. wyrobów medycznych, a jak wynika z treści ofert różne stawki podatku VAT zastosowało tylko dwóch spośród siedmiu wykonawców tj. Odwołujący oraz Mostostal Zabrze. Wykonawca PAGMA-BUD oraz pozostali wykonawcy Konsorcjum VIK-BUD i Konsorcjum AS-BUD w złożonych formularzach ofertowych przyjęli tylko jedną stawkę podatku VAT tj. 23%. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego 3, oferta PAGMA-BUD oraz pozostałe ocenione oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny polegający na określeniu błędnej stawki podatku VAT dla dostawy wymaganego przez Zamawiającego sprzętu medycznego. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 28 maja 2019 r., sygn. akt KIO 881/19, wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 740/18

oraz uchwałę SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, III CZP 53/11.

Zamawiający w dniu 6 lutego 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał na brak interesu Climamedic we wniesieniu odwołania, z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy została sklasyfikowana na trzecim miejscu i nie ma on możliwości uzyskania zamówienia oraz okoliczność, że Odwołujący 3 nie podniósł żadnych zarzutów w odniesieniu do oferty z pozycji drugiej, tj. Konsorcjum VIK-BUD. Powołał się na wyroki Izby z dnia 1 marca 2019 r. sygn. akt KIO 265/19 i z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt KIO 419/19.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 10 pkt 2a SIWZ Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 123/20 i KIO 127/20.

W zakresie zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 10 pkt 2b SIWZ Zamawiający wskazał, iż określone przez niego w treści warunku wymagania były wymaganiami minimalnymi. W jego ocenie wykonawca Pagma-Bud w treści wykazu osób wyraźnie i jednoznacznie wykazał dysponowanie wymaganymi zasobami osobowymi wskazując zarówno posiadanie przez te osoby wymaganych uprawnień budowlanych, jak i minimalnie oczekiwanych przez Zamawiającego doświadczeń, a dodatkowo oferent złożył dokumenty potwierdzające uprawnienia budowlane.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Pagma-Bud z treścią SIWZ Zamawiający podniósł argumentację analogiczną jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt

KIO 123/20.

W kwestii niewykazania braku podstaw wykluczenia przez Pagma-Bud, Zamawiający przedstawił szczegółowo, jakie dokumenty zostały złożone przez Pagma-Bud w toku postępowania o udzielenie zamówienia, wskazując, iż nie budzą one wątpliwości Zamawiającego i potwierdzają wcześniejsze wstępne oświadczenia zawarte w JEDZ-ach. Zamawiający zauważył, że Odwołujący 3 pomija, że ustawodawca w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia określił okres czasu, przed upływem terminu składania ofert, w którym ważne i skuteczne prawnie jest skorzystanie przez oferenta z treści

zaświadczenia KRK. Z przepisu wprost wynika uprawnienie wykonawcy do złożenia dokumentów KRK wystawionych nawet wcześniej niż te złożone przez Pagma-Bud. Powołał się w tym zakresie na stanowisko doktryny, wyrok NSA z dnia 28 września 2012 r., sygn. akt II GSK 1548/11, wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 280/18. Dodał, że złożone przez Pagma-Bud dokumenty odpowiadają prawu, potwierdzają wcześniejsze wstępne oświadczenia, nie budzą wątpliwości Zamawiającego, nie zachodzi zatem nawet sytuacja potencjalnego skorzystania z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający

podniósł argumentację analogiczną jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 127/20. Dodał, iż skoro nie ma rzeczywistej możliwości określenia dokładnego zakresu czynności wchodzących w zakres robót budowalnych w systemie zaprojektuj i wybuduj aż do chwili faktycznego zatwierdzenia projektu przez Zamawiającego, to przedstawienie ofert porównywalnych, konkurencyjnych jest możliwe tylko w sposób przedstawiony w formularzu oferty, bez nierzeczywistego podziału na roboty budowlane objęte różnymi stawkami VAT.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W sprawie o sygn. akt KIO 123/20 Izba na posiedzeniu w dniu 6 lutego 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego przez Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach po stronie Odwołującego oraz Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 127/20 Izba na posiedzeniu w dniu 6 lutego 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi po stronie Zamawiającego oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 141/20 Izba na posiedzeniu w dniu 6 lutego 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Pagma-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi po stronie Zamawiającego oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba uznała, iż wszyscy trzej Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba nie uznała za zasadne stanowiska Zamawiającego, iż po stronie Odwołującego Mostostal Zabrze oraz Odwołującego Climamedic brak jest legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, mając na uwadze, iż zgodnie z § 21 SIWZ Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp), tj. najpierw dokonuje oceny ofert, a dopiero później badaj czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki

udziału w postępowaniu i wzywa go na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów, to nie sposób odmówić wykonawcom, których oferty zostały sklasyfikowane na trzecim i dalszym miejscu w rankingu ofert (Odwołującemu 2 i 3) interesu w uzyskaniu zamówienia. W przypadku bowiem wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej wynik przetargu pozostawał będzie otwarty. Na obecnym etapie postępowania nie można przesądzić czy wykonawcy, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta podmiotów wnoszących odwołanie, w przypadku wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów wykazaliby się spełnieniem warunków podmiotowych. Sprowadza się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza. Na powyższą ocenę nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, czy w odwołaniu podniesione zostały zarzuty względem wszystkich ofert wyprzedzających odwołującego w rankingu, istotne jest bowiem zakwestionowanie wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, która jako jedyna na obecnym etapie podlegała pełnemu badaniu przez Zamawiającego.

Izba w sprawach o sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141//20 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej modyfikacji oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców co do treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców wraz z załącznikami, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Pagma-Bud na wezwania Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawiadomienia z dnia 14 stycznia 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wskazuje ponadto, iż Zamawiający na rozprawie uzupełnił dokumentację postępowania o aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG09/0640/19/0005 przedłużający jej ważność.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 lutego 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego Pagma-Bud, tj. wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium z dnia 16 października 2019 r. oraz umowy spółki komandytowej Pagma - Bud Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 22 października 2019 r. (Rep. A 6396/2019) oraz interpretacji indywidualnych złożonych przez Odwołującego Mostostal Zabrze. Ponadto Izba stwierdziła, iż zestawienie „Kalkulacja MS Excel" przedstawione przez Przystępującego Pagma-Bud stanowiło opracowanie własne Przystępującego, wobec czego Izba potraktowała je jedynie jako uzupełnienie jego stanowiska procesowego. Z kolei za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia Izba uznała dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego dotyczących postępowania nr ZP/29/2018, jako że badanie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy nie odbywa się na podstawie wiedzy własnej Zamawiającego na temat doświadczenia posiadanego przez wybranego wykonawcę, lecz na gruncie konkretnego postępowania, z uwzględnieniem odpowiednio ukształtowanych dla tego postępowania postanowień SIWZ oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych w tym konkretnym postępowaniu przez wykonawcę, na którym spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A" w systemie „zaprojektuj i wybuduj" w związku z realizacją projektu pn. „Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa, Perinatologii i Ginekologii - Bloku Porodowego w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki" w Łodzi ", zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym („PFU"), stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (§ 2 pkt 1 SIWZ). Przedmiot zamówienia, zgodnie z § 2 pkt 3 SIWZ, obejmuje wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych; przebudowę istniejącego oddziału w funkcjonującym Szpitalu, w tym wyburzenia ścian działowych, wzmocnienia stropu punktowe, przebudowa instalacji, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, montaż paneli gazowych, montaż stolarki drzwiowej; połączenie spójne przebudowy wraz z częścią ogólną Szpitala umożliwiając funkcjonowanie istniejących oddziałów zlokalizowanych na kondygnacji poniżej, podczas wykonywania robót budowlanych; przygotowanie placu budowy na terenie Szpitala wraz z organizacją ruchu, drogami tymczasowymi w razie potrzeby, a po zakończonej inwestycji przywrócenie stanu pierwotnego również części wspólnych Szpitala, po których odbywał się transport budowlany; wywóz i utylizację gruzu i elementów wyburzeniowych. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określono szczegółowo w PFU i w Istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 5 do SIWZ).

W § 10 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z § 10 pkt 2a SIWZ Zamawiający uzna, iż wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych co najmniej 4 000 000,00 zł i udokumentuje, że robota ta zostanie wykonana należycie oraz, że została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Zamawiający wskazał, iż wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów składa w oryginale wraz z ofertą pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, poza oświadczeniem wstępnym, Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie Wykazu roboty budowlanej wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotu, na rzecz którego robota została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym, czy została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona.

Zgodnie z § 10 pkt 2b SIWZ Zamawiający uzna, iż wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

a) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy przy co najmniej 1 przebudowie lub remoncie obiektów użyteczności publicznej;

b) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie, przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej;

c) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie, przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej;

d) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe, w tym praca w wykonaniu co najmniej 1 projektu obiektu użyteczności publicznej, licząc od dnia uzyskania uprawnień do wykonywania prac projektowych.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, poza oświadczeniem wstępnym, Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. W treści Wykazu osób należało wskazać m.in. „Doświadczenie (opis potwierdzający postawiony warunek)” - kolumna 4, a także „Zakres wykonywanych czynności” - kolumna 5.

W § 11 SIWZ Zamawiający wskazał wymagane oświadczenia i dokumenty w celu wykazania braku podstaw wykluczenia, w tym m.in. w odniesieniu do podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 21 ustawy Pzp wskazał na konieczność złożenia oświadczenia wstępnego w JEDZ, a na wezwanie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w ww. przepisach, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W § 21 SIWZ Zamawiający wskazał, iż najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp. Wskazał ponadto, iż przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwie wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w § 10 i § 11 SIWZ (§22 SIWZ).

Zgodnie z § 53 SIWZ Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 219 586,00 zł, w formach dopuszczonych ustawą Pzp, wskazanych w § 55 SIWZ.

Zgodnie z § 65 pkt 1 SIWZ na ofertę składał się m.in. Formularz Oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. W § 91 SIWZ wskazano, iż cena powinna być obliczona zgodnie z Formularzem Oferty. Cena była jednym z dwóch kryteriów oceny ofert o wadze 90%, drugim kryterium był okres gwarancji (§ 97 SIWZ). W punkcie 2 formularza ofertowego znajdowała się tabela dotycząca ceny ryczałtowej oferty, w której należało w odniesieniu do każdej z trzech pozycji (dokumentacja projektowa, wykonanie robót budowlanych, nadzór autorski) wskazać: wynagrodzenie w % (A); cena oferty netto w PLN (B); stawka podatku VAT w % (C); kwota podatku VAT w PLN (D=BxC); cena oferty brutto w PLN (E=B+D), a także wskazać cenę oferty razem. W tabeli Zamawiający wskazał procentowy limit wartości wynagrodzenia dla dokumentacji projektowej (6%) i nadzoru autorskiego (5%). W kolumnie „wynagrodzenie w %" na dole wypełniono pole „cena oferty razem" wpisując „100%". Zamawiający w uwagach pod tabelą wskazał, iż przy dokonywaniu obliczeń prosi, aby stosować wzory z wiersza drugiego tabeli (D=BxC, E=B+D). Wskazał ponadto, iż Tabela zawiera limit wynagrodzenia, jaki nie może być przez wykonawcę przekroczony z przyjęciem, że sumaryczne wynagrodzenie podane w kolumnie „wynagrodzenie %" będzie sumowało się równo do 100%. Zamawiający nie może poprawić żadnej wartości w kolumnie „Wynagrodzenie %" i w ten sposób brak sumowania się do 100% w tej kolumnie będzie powodował konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zgodnie z PFU, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, na zamówienie składa się: a) wykonanie projektu, na podstawie budowlanego oraz zmian aranżacyjnych; b) przebudowa istniejącego bloku porodowego na podstawie projektu wykonawczego i budowlanego, c) wyposażenie bloku porodowego zgodnie z załącznikiem w aparaturę medyczną wbudowaną na stałe oraz meble, zabudowa stała oraz d) Pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta na budowie. Zamówienie obejmuje przebudowę istniejącego oddziału w funkcjonującym Szpitalu, w tym wyburzenia ścian działowych, wzmocnienia stropu punktowe (podwieszanie urządzeń m. in. Kolumn chirurgicznych), przebudowa instalacji, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, montaż paneli gazowych, montaż stolarki drzwiowej połączenie spójne przebudowy wraz z częścią ogólną Szpitala umożliwiając funkcjonowanie istniejących oddziałów zlokalizowanych na kondygnacji poniżej, podczas wykonywanie robót budowlanych; przygotowanie placu budowy na terenie Szpitala wraz z organizacją ruchu, drogami tymczasowymi w razie potrzeby, a po zakończonej inwestycji przywrócenie estetyczne stanu pierwotnego również części wspólnych szpitala, po których odbywał się transport budowlany; wywóz i utylizacja gruzu i elementów wyburzeniowych. Zakres zamówienia obejmuje także m.in. niezbędne prace instalacyjne np. doprowadzenie odpowiedniego zasilania elektrycznego, przełożenie szafki radiowej i teletechnicznej; wykonanie niezbędnych instalacji do prawidłowego funkcjonowania obiektu zgodnie z wymaganiami technologicznymi, sanitarnymi, pożarowymi opisanymi w polskich normach, rozporządzeniach, prawie budowlanym (elektryka i teletechnika, sieci komputerowe, SAP, instalacje sanitarne wod-kan, c.o., wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, gazów medycznych). Zamówienie obejmuje wpięcie powyższych instalacji w istniejącą infrastrukturę szpitala. Do PFU załączono wykaz aparatury medycznej wbudowanej na stałe w elementy budowlane, gdzie wskazano sprzęt taki jak kolumna chirurgiczna laparoskopowa, kolumna anestezjologiczna, Lampa bezcieniowa, panel gazów medycznych stropowy chirurgiczny, panel gazów medycznych stropowy anestezjologiczny. W odrębnych załącznikach przedstawiono specyfikacje parametrów aparatury.

Zamawiający w toku postępowania udzielił licznych wyjaśnień treści SIWZ, w tym m.in. w dniu 8 listopada 2019 r. odpowiadając na pytania wykonawców nr 15-38 dotyczące aparatury medycznej (m.in. kolumny laparoskopowej, lampy operacyjnej, kolumny chirurgicznej, kolumny anestezjologicznej, lampy operacyjnej dwuczaszowej, lampy bezcieniowej), wyjaśniając wymagane w SIWZ parametry techniczne dla ww. urządzeń.

W postępowaniu wpłynęło siedem ofert, przy czym Zamawiający odrzucił oferty dwóch wykonawców - ENBUD J. K. oraz ZAB-BUD Sp. z o.o. Wykonawcy Konsorcjum VIK-BUD,

Pagma - Bud oraz Konsorcjum AS-BUD w formularzu ofertowym w tabeli odnoszącej się do ceny wskazali w poz. wykonanie robót budowlanych stawkę podatku VAT 23%. Wykonawca Climamedic wskazał w poz. wykonanie robót budowlanych stawkę podatku VAT 8%/23%, a wykonawca Mostostal Zabrze stawkę podatku VAT 23%/8%.

Wykonawca Pagma-Bud w tabeli w Formularzu Ofertowym wskazał w kolumnie „Wynagrodzenie w %" następujące wartości: dokumentacja projektowa 5,70%, wykonanie robot budowlanych 93,81%, nadzór autorski 0,50%. W kolumnie „cena oferty brutto w PLN" wskazał: dokumentacja projektowa 1 131 600,00 wykonanie robot budowlanych 18 634 500,00, nadzór autorski 98 400. Cena oferty razem: 19 864 500,00. Do oferty wykonawca Pagma-Bud załączył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG09/0640/19/0005 wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group na wniosek Pagma Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi.

W dokumencie JEDZ wykonawca Pagma-Bud wskazał nazwę podwykonawcy: ZAB-BUD A. Z. . Do oferty załączył zobowiązanie ww. podmiotu z dnia 28 listopada 2019 r. do oddania niezbędnych zasobów - doświadczenia do dyspozycji Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. W punkcie 1 zobowiązania Pan A. Z. oświadczył, iż udostępnia zasoby w postaci doświadczenia w realizacji jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych brutto co najmniej 4 000 000,00 PLN. W punkcie 2 wskazał, iż sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący: wykorzystanie wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych. W punkcie 3 na charakter stosunku łączącego podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą: umowa o podwykonawstwo. W punkcie 4 zobowiązania wskazano zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia: wykonanie ścian GK i sufitów podwieszanych. W punkcie 5 oświadczono, iż okres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie równy okresowi trwania zamówienia.

W dniu 3 stycznia 2020 r. wykonawca Pagma-Bud, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył m.in. Wykaz robót budowlanych, gdzie wskazano na wykonanie nadbudowy, rozbudowy i przebudowy budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj o wartości 14 800 590,00 zł w okresie 9.09.2013-11.08.2014 na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego. Załączony list referencyjny wskazywał, iż ww. roboty budowlane zostały wykonane przez firmę ZAB-BUD A. Z. zgodnie ze sztuką budowlaną, należytą starannością i w wyznaczonych harmonogramem terminach. Złożył także Wykaz osób, w którym w kolumnie „Doświadczenie" powielił treść wymagań określonych w warunku (przykładowo w poz. 1 wskazał: posiada wykształcenie wyższe, posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy przy co najmniej 1 przebudowie lub remoncie obiektów użyteczności publicznej). W kolumnie „Zakres wykonywanych czynności" w poz. 1 wskazał Kierownik budowy, w poz. 2 i 3 Kierownik Robót, w poz. 4 Projektant. Do Wykazu osób załączono zaświadczenia z Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa potwierdzające członkostwo i posiadanie przez daną osobę ubezpieczenia OC oraz decyzje o nadaniu uprawnień budowlanych osobom wskazanym w Wykazie.

Ponadto wykonawca Pagma-Bud w toku postępowania o udzielenie zamówienia złożył informacje z KRK dla Pagma-Bud Sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2019 r., dla Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 18 grudnia 2019 r., dla p. K. K. - prokurenta z dnia 17 października 2019 r. oraz dla p. A. Z. (podmiot trzeci) z dnia 15 listopada 2019 r.

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2020 r. zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za która uznano ofertę Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20 zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art.26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 w ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Jak stanowi art. 22 ust. 1b ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z art. 22a ust. 1-4 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż dokonywana przez Zamawiającego ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w przypadku posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, nie ogranicza się do zweryfikowania, czy doświadczenie wskazane przez wykonawcę odpowiada wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie bezsporne było, że inwestycja wskazana przez Pagma-Bud w Wykazie robót budowlanych odpowiadała zakresowi określonemu w § 10 pkt 2a SIWZ. Natomiast mając na uwadze, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Przystępujący Pagma-Bud posłużył się zasobami podmiotu trzeciego (ZAB-BUD), to Przystępujący Pagma-Bud zobowiązany był - jak wynika to z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp - do udowodnienia Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami ZAB-BUD, tj. że firma ZAB-BUD zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których wymagane są zdolności udostępnione przez ten podmiot Przystępującemu Pagma-Bud w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający z kolei zobowiązany był - jak wynika to z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp - ocenić, czy udostępniane Pagma-Bud zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania tego podmiotu w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17). Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek.

W ocenie składu orzekającego treść zobowiązania firmy ZAB-BUD załączona do oferty Przystępującego Pagma-Bud nie potwierdza realnego udziału ww. podmiotu w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, o

którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ. Warunek ten odnosi się do przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych co najmniej 4 000 000,00 zł. Tymczasem jak wynika wprost z treści zobowiązania firmy ZAB-BUD z dnia 28 listopada 2019 r. zakres robót budowlanych, w których ww. podmiot miałby wziąć udział, został wyraźnie ograniczony do wykonania ścian GK i sufitów podwieszanych, a zatem jest on zdecydowanie węższy niż zakres robót budowlanych, o których mowa w treści warunku udziału w postępowaniu (przebudowa/remont budynku w systemie zaprojektuj i wybuduj), który obejmował prace związane z remontem lub przebudową obiektu użyteczności publicznej w sposób kompleksowy, a nie jedynie w zakresie wykonywania ścian GK czy sufitów podwieszanych. Sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż firma ZAB-BUD wykonywać będzie „część, element samych robót budowlanych", co potwierdza, iż był świadomy, że realizacja zamówienia przez ZAB-BUD będzie miała miejsce wyłącznie w ograniczonym zakresie, tj. w zakresie wykonywania ścian GK i sufitów podwieszanych.

Ponadto należy zdecydowanie odróżnić pojęcie „udziału w realizacji zamówienia" od pojęcia „realizacji zamówienia", o którym mowa w art. 22a ust. 4 i które jest pojęciem węższym niż udział w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). Wobec tego wykorzystanie wiedzy i doświadczenia firmy ZAB-BUD, które zgodnie z pkt 2 zobowiązania, miałoby nastąpić poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych, uznać należy za niewystarczające, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonywałby zamówienie, a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby (podobnie wskazała Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2480/18).

W tym stanie rzeczy Izba za nieprawidłowe uznała stanowisko Zamawiającego o realności udostępnianych przez ZAB-BUD zasobów. Przy czym wskazać należy, że bez znaczenia pozostaje tutaj własna wiedza Zamawiającego wynikająca z dotychczasowej współpracy z firmą Pagma-Bud, z której wywodził on na rozprawie, że firma ZAB-BUD będzie obecna na budowie przez cały czas. Okoliczność, że ZAB-BUD faktycznie wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane są udostępniane przez ten podmiot zasoby, powinna wynikać z treści zobowiązania tego podmiotu do oddania Pagma-Bud do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ewentualnie innych złożonych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia dowodów, a nie z domniemań Zamawiającego. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tyko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16). Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 661/16).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Pagma-Bud na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut ten Odwołujący 1 opierał na okoliczności, że wartości wskazane przez Przystępującego Pagma-Bud w Formularzu Oferty w tabeli w pkt 2, w kolumnie „wynagrodzenie w %" po zsumowaniu dawały wartość 100,01%, co stanowiło niezgodność z treścią SIWZ, z uwagi na zawarty pod tabelą wymóg, aby „wynagrodzenie w %" sumowało się do 100%.

W ocenie składu orzekającego zarzut ten jest chybiony, a w przedmiotowym przypadku nie zachodzi niezgodność oferty Przystępującego Pagma-Bud z treścią SIWZ. Po pierwsze zauważyć należy, że wskazane przez Pagma-Bud w tabeli dla dokumentacji projektowej (poz. 1), wykonania robót budowlanych (poz. 2) oraz nadzoru autorskiego (poz. 3) ceny oferty brutto łącznie sumują się do kwoty wskazanej w tabeli jako „Cena oferty razem", a zatem brak jest wątpliwości, że kwoty wskazane w tych trzech pozycjach stanowią 100% wynagrodzenia wskazanego jako „Cena oferty razem". Podanie wartości procentowych w kolumnie „wynagrodzenie w %" stanowiło prosty wynik działania arytmetycznego polegającego na ustaleniu jaki procent „ceny oferty razem" stanowią „ceny oferty brutto" zaoferowane dla poszczególnych trzech pozycji wyszczególnionych w tabeli. We wskazanych przez Przystępującego Pagma-Bud wartościach w kolumnie „wynagrodzenie w %" nie ma błędu - wartości te zostały prawidłowo wyliczone z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. Wątpliwości powstałe po stronie Odwołującego 1 wynikają właśnie z faktu zaokrąglenia uzyskanych wyników przez Pagma-Bud do dwóch miejsc po przecinku. Zdaniem składu orzekającego, okoliczność, iż po zsumowaniu wartości wskazane w kolumnie „Wynagrodzenie w %" dają wynik 100,01% nie świadczy o nieprawidłowościach w obliczeniach dokonanych przez Przystępującego Pagma-Bud, lecz stanowi jedynie występującą często w działaniach arytmetycznych w systemie dziesiętnym asymetrię wyników, powstałą na skutek zaokrąglenia wyniku, który zawiera zbyt dużą liczbę cyfr końcowych. Okoliczność zaokrąglania wyników, które następnie poddawane są dalszym działaniom arytmetycznym z założenia powodować może różnicę między wynikiem, jaki zostałby uzyskany przy użyciu dokładnej arytmetyki, a wynikiem wygenerowanym przy użyciu zaokrągleń (jest to tzw. błąd zaokrąglenia).

Podkreślić jednak należy, że treść SIWZ nie zawierała postanowień, które regulowałyby kwestię dokonywania zaokrągleń wartości, jakie należało wskazać w tabeli Formularza Oferty, wobec czego nie sposób uznać działań Przystępującego, który zaokrąglił wartości procentowe do dwóch miejsc po przecinku, za nieprawidłowe. Ponadto słusznie wskazywał Zamawiający, iż zaokrąglenie sumy wartości w % wskazanych dla poszczególnych pozycji przez wykonawcę Pagma-Bud, zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami zaokrągleń i wobec braku postanowień SIWZ, które regulowałyby kwestię dokonywania zaokrągleń w sposób odmienny, daje wartość całkowitą 100%. Dodać należy, iż powyższa okoliczność w żaden sposób nie wpływa ani na jakiekolwiek błędy w obliczeniu samej ceny, ani na zachowanie przez Przystępującego Pagma-Bud wymaganych limitów procentowych wynagrodzenia w odniesieniu do dokumentacji projektowej i nadzoru

autorskiego, tymczasem jak wskazał Zamawiający na rozprawie to właśnie z tego powodu w tabeli w Formularzu Oferty znalazła się kolumna „wynagrodzenie w %" (Zamawiający wskazał, iż celem przedstawienia tego rodzaju podziału cen w tabeli było uniknięcie sytuacji, aby wykonawcy w sposób dowolny kształtowali cenę tak, aby za dokumentację projektową uzyskać wynagrodzenie nieadekwatne do wartości faktycznej).

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Pagma-Bud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 127/20

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 4 i 6 ustawy Pzp, który odnosił się do niewykazania przez Pagma-Bud warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 123/20, wobec oparcia przedmiotowego zarzutu przez Odwołującego Mostostal Zabrze na tożsamej podstawie faktycznej co zarzut Odwołującego Konsorcjum VIK-BUD.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 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. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Odwołujący 2 jako podstawę faktyczną przedmiotowego zarzutu wskazał okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium załączona do oferty Pagma-Bud została wystawiona na wniosek Pagma Projekt Sp. z o.o., tj. podmiotu, który nie złożył oferty w postępowaniu. Odwołujący 2 wywodził, że oferta została złożona przez Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k., czyli zupełnie inny podmiot prawa. W ocenie Izby powyższe stanowisko Odwołującego 2 jest błędne, bowiem zostało ono oparte na założeniu, że Pagma Projekt Sp. z o.o. i Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp.k. stanowią odrębne podmioty prawne, co nie znajduje uzasadnienia na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Jak wynika wprost z odpisu KRS spółki Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. - Rubryka 6 „Sposób powstania spółki", ww. spółka powstała na skutek przekształcenia, które nastąpiło na podstawie uchwały nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników Pagma Projekt Sp. z o.o. z dnia 22 października 2019 r. o przekształceniu Pagma Projekt Sp. z o.o. w spółkę komandytową (Rep. A Nr 6379/2019). W Podrubryce 1 „Podmiot, z którego powstała spółka" wskazano: Pagma Projekt Sp. z o.o. Fakt przekształcenia spółki Pagma Projekt Sp. z o.o. w Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp.k. potwierdza także złożona przez Przystępującego Pagma-Bud na rozprawie umowa spółki komandytowej. Wpis Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp.k. do rejestru przedsiębiorców nastąpił 15 listopada 2019 r.

Zauważyć trzeba, iż instytucja przekształcenia sensu stricto uregulowana jest w ustawie z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 505 ze zm., dalej „k.s.h."). Zgodnie z art. 551 § 1 k.s.h. spółka jawna, spółka partnerska, spółka komandytowa, spółka komandytowo-akcyjna, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna (spółka przekształcana) może być przekształcona w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą). Zgodnie z art. 552 k.s.h. spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną. Jak stanowi art. 553 § 1 k.s.h. spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 68/17 „normatywna konstrukcja przekształcenia spółek handlowych (tzw. przekształcenie sensu stricto) opiera się na realizacji zasady kontynuacji (ciągłości). Z zasady tej, wyrażonej w art. 553 § 1-3 KSH, eksponującej sferę podmiotową przekształcenia wynika, że spółka poddana procesowi przekształcenia jest tym samym podmiotem, a na skutek przekształcenia zmienia się tylko forma prawna prowadzonej działalności. Przekształcenie oznacza zatem zmianę typu spółki przy zachowaniu tożsamości podmiotowej w zakresie praw i obowiązków. W konsekwencji w przypadku przekształcenia nie dochodzi do sukcesji praw i obowiązków. W wypowiedziach przedstawicieli doktryny podkreśla się, że zarówno przed, jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem, który w wyniku przekształcenia zmienia jedynie formę prawną ("szatę prawną") na inny ustawowy typ spółki. Tym założeniom konstrukcyjnym nie przeczy przyjęte w ustawie rozróżnienie terminologiczne pomiędzy "spółką przekształcaną" a "spółką przekształconą", służy bowiem ono jedynie zasygnalizowaniu zmiany formy prawnej spółki przed i po przekształceniu, nie zaś akcentowaniu odrębności podmiotowo-organizacyjnej pomiędzy spółkami uczestniczącymi w procesie transformacyjnym. Tożsamość podmiotowa spółek oznacza, że spółka przekształcona nie wstępuje w prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym przysługujące spółce przekształcanej, lecz z dniem przekształcenia spółce przekształconej przysługują wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (art. 553 § 1 k.s.h.). Innymi słowy, mimo przeprowadzonego przekształcenia nadal w odniesieniu do tych praw i obowiązków chodzi o tę samą spółkę. Wyrażona w art. 553 § 1 k.s.h. zasada kontynuacji obejmuje zarówno prawa i obowiązki prywatnoprawne (art. 553 § 1 k.s.h.), jak i publicznoprawne (art. 553 § 2 k.s.h.)."

Powyższy pogląd jest poglądem dominującym w orzecznictwie i literaturze przedmiotu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 września 2017 r., sygn. akt IV CSK 603/16 „Przekształcenie podmiotowe spółki handlowej stanowi kontynuację dotychczasowej spółki, tylko w nowej formie prawnej, co oznacza, że jest to nadal ta sama, choć nie taka sama spółka. Staje się ona jako spółka przekształcona podmiotem wszystkich praw i obowiązków spółki przekształcanej, o charakterze cywilnoprawnym i organizacyjnym (art. 551 § 1 i art. 553 KSH). Jest to podobne, ale nie tożsame z sukcesją uniwersalną, która jako skutek występuje w razie łączenia lub podziału spółek handlowych, bo w wypadku przekształcenia nie ma sukcesora (jak w przypadku nabycia spadku) i przeniesienia praw na inną osobę. Wynika to ze zmiany organizacyjno - prawnej struktury spółki przy zachowaniu tożsamości podmiotu i jest to neutralne dla praw i obowiązków, których podmiotem spółka ta cały czas pozostaje." Podobnie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z dnia 7 maja 2019 r., sygn. akt I SA/Łd 116/19, gdzie stwierdzono, iż „istotą przekształcenia (transformacji) jest zmiana formy prawnej, w której funkcjonuje dany podmiot. Podmiot przekształcany nie jest traktowany jako podmiot likwidowany, gdyż prowadzona przez niego działalność, przy wykorzystaniu tego samego majątku, będzie kontynuowana w innej formie

prawnej przez tenże podmiot. W związku z tym na gruncie prawa prywatnego sformułowano pogląd, zgodnie z którym w wyniku przekształcenia następuje kontynuacja, a nie następstwo prawne, bowiem tylko sam podmiot podlega zmianie, a nie zamianie na inny podmiot." Stanowisko takie prezentowane jest także w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok NSA z 17.04.2017 r. II FSK 1121/12; wyrok NSA z 26.02.2010 r. I FSK 150/90. Z kolei jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1412/13, „w przypadku przekształcenia mowa jest o tym, że spółce przekształconej przysługują z mocy prawa wszystkie prawa i obowiązki, co należy rozumieć w ten sposób, że spółka ta nie wstępuje, ale jest cały czas podmiotem tych praw i obowiązków (zasada kontynuacji). Przekształcenie ma nieść ze sobą ładunek neutralności z punktu widzenia praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego. W przypadku kontynuacji nie ma poprzednika i następcy prawnego, ale istnieje ta sama spółka w zmienionej formie. Skutkiem takiego rozwiązania jest to, że wszelkie poprzednio zawarte umowy wiążą spółki kontynuatorki bez potrzeby sporządzania jakichkolwiek aneksów."

Mając na uwadze powyższe, nie jest prawidłowym twierdzenie, że spółka Pagma-Projekt Sp. z o.o. oraz Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. to dwie odrębne spółki - jest to jeden i ten sam podmiot, który zmienił formę prawną i nazwę. Nie dochodzi tutaj do następstwa prawnego, ponieważ w żadnym momencie transformacji nie mamy do czynienia z dwoma podmiotami, jest to przez cały czas jedna spółka. Zasadniczym skutkiem przekształcenia jest bowiem zmiana typu spółki. W konsekwencji ma miejsce kontynuacja wszelkich praw i obowiązków, a nie ich przeniesienie na inny podmiot, co oznacza, że treść stosunków cywilnoprawnych (a takim jest umowa ubezpieczenia) łączących spółkę przekształcaną z osobami trzecimi nie ulega w żaden sposób zmianie. Ponadto, jak wskazuje się w doktrynie, „spółka przekształcona nie musi wykonywać żadnych dodatkowych czynności, aby przeszły na nią prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Przykładowo, nie musi zawierać żadnych aneksów ani nie jest konieczne uzyskanie zgody kontrahentów na zmianę stron umowy" (tak: A. Szumański, w: Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, Komentarz KSH, t. IV, 2012, s. 1084, Nb 10; Rodzynkiewicz, Komentarz KSH, 2014, s. 1237). Dotyczy to także zobowiązań o charakterze abstrakcyjnym. Jak wskazał M. Tofer [w:] .Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Wyd. 7, Warszawa 2020, jeżeli spółka przekształcana była zobowiązana z weksla (np. jako trasant, trasat po przyjęciu weksla, awalista), to spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej wynikające ze stosunku wekslowego.

W konsekwencji okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na podmiot o innej nazwie i formie prawnej niż podmiot składający ofertę, nie oznacza automatycznie, że oferta nie została zabezpieczona wadium. W sytuacji takiej, jaka miała miejsce w przedmiotowej sprawie, rozbieżność ta wynikała bowiem wyłącznie ze zmiany formy prawnej i nazwy spółki z uwagi na jej przekształcenie, które było przekształceniem sensu stricto, o którym mowa w art. 551 k.s.h. i następne. Oznacza to, że podmiot, który został wskazany w treści gwarancji ubezpieczeniowej (Pagma Projekt Sp. z o.o.) jest tym samym podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu (Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp.k.). Ponadto Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (Pagma Projekt Sp. z o.o.), w tym te wynikające ze stosunków cywilnoprawnych z zakładem ubezpieczeń. Nie budzi bowiem wątpliwości, że umowa ubezpieczenia jest umową cywilnoprawną. Zauważyć trzeba, że ani ustawa Pzp, ani ustawa z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 381 ze zm.) nie regulują w sposób szczegółowy kwestii gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, dlatego zastosowanie znajdą tu przede wszystkim przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.), w tym art. 805 i następne regulujące zawieranie umów ubezpieczenia. W ocenie Izby jedyne zaniechanie jakie można przypisać tutaj Przystępującemu Pagma-Bud dotyczy sfery obowiązków informacyjnych (brak niezwłocznego poinformowania zakładu ubezpieczeń o dokonanej zmianie nazwy i formy prawnej spółki), niemniej nie wpływa ono na ważność praw i obowiązków wynikających z zawartej umowy ubezpieczenia, których zasada kontynuacji wynika wprost z przepisów k.s.h.

Izba nie uwzględniła ponadto zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie za taki błąd co do zasady uznaje się m.in. nieprawidłowo wskazaną w ofercie stawkę podatku od towarów i usług, której nie można skorygować jako np. omyłki rachunkowej lub niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący 2 upatrywał błędu w obliczeniu ceny w ofertach Pagma-BUD, Konsorcjum VIK-BUD i Konsorcjum AS-BUD, w zastosowaniu przez ww. wykonawców jednolitej stawki podatku VAT 23% do całego zakresu zamówienia, w sytuacji, gdy (zdaniem Odwołującego

2) w odniesieniu do instalacji gazów medycznych zastosowanie powinna mieć stawka preferencyjna 8%.

Na wstępie wyjaśnić należy, iż zgodnie z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. z 2010 r. poz. 106, „ustawa o VAT") stawka podatku wynosi 22% (z zastrzeżeniem wskazanych wyjątków), a dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7% (przy czym zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o VAT stawki te od 1 stycznia 2019 r. wynoszą odpowiednio 23% i 8%). Bezsporna w przedmiotowej sprawie była zatem okoliczność, iż wyroby medyczne wskazane w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, tj. Wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, aktualnie co do zasady opodatkowane są stawką VAT w wysokości 8%. Natomiast sporne było to, czy w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy byli uprawnieni do uznania, że świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia jest świadczeniem złożonym (kompleksowym), a jako takie powinno być objęte jednolitą stawką podatkową, czy też należało dokonać wyodrębnienia poszczególnych elementów zamówienia dla celów podatkowych.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A" w systemie „zaprojektuj i wybuduj" Przedmiot zamówienia, zgodnie z § 2 pkt 3 SIWZ, obejmuje m.in. wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych, przebudowę istniejącego oddziału w funkcjonującym szpitalu, w tym wyburzenia ścian działowych, wzmocnienia stropu punktowe, przebudowa instalacji, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, montaż paneli gazowych, montaż stolarki drzwiowej. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako świadczenie kompleksowe, zawierające w sobie szereg sprecyzowanych w PFU czynności mających na celu przebudowę pomieszczeń szpitala (w tym m.in. wyburzenie ścian działowych i przebudowę instalacji). Z punktu widzenia Zamawiającego można wywnioskować, że dopiero wykonanie wszystkich zadań w ramach działań podejmowanych w zakresie zamówionej usługi kompleksowej składało się na osiągnięcie celu gospodarczego, jakim jest przebudowa bloku porodowego.

Izba ma świadomość, iż kwestia opodatkowania wyrobów medycznych, których dostawa czy instalacja, następuje w ramach realizacji robót budowlanych jest problematyczna, a interpretacje organów skarbowych pozostają często rozbieżne. Wieloletnia praktyka Izby potwierdza, że z uwagi na odmienność stanów faktycznych nie sposób wypracować jednolitego podejścia do kwestii związanej ze świadczeniami złożonymi i możliwością zastosowania jednolitej stawki VAT do wszystkich świadczeń objętych zamówieniem. Niewątpliwie sytuacja taka nie gwarantuje wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia pewności i stabilności w procesie stosowania prawa. Z powyższego względu w ocenie Izby na gruncie zamówień publicznych kwestię podatku od towarów i usług, jako elementu silnie cenotwórczego, należy rozpatrywać nie tylko w aspekcie podatkowym, ale także z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2377/19).

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ stawki podatku VAT, jaką w jego ocenie należało zastosować. Nie dokonał także podziału zamówienia, w sposób, który wskazywałby na konieczność wyodrębnienia części świadczeń do odrębnego opodatkowania ani nie skonstruował formularza ofertowego w sposób, który wskazywałby na konieczność takiego wyodrębnienia. Na gruncie postanowień SIWZ wykonawcy byli w stanie określić, iż pewne elementy zamówienia obejmują dostawę i montaż wyrobów medycznych (instalacja gazów medycznych i innej aparatury medycznej wbudowanej na stałe), niemniej kwestia złożoności (kompleksowości) świadczeń i ich funkcjonalnego powiązania podczas realizacji zamówienia na obecnym etapie mogła budzić wątpliwości wykonawców. Zauważyć bowiem trzeba, że zamówienie realizowane ma być w systemie „zaprojektuj i wybuduj", co powoduje, że szczegółowy zakres prac, jakie wiązać się będą z instalacją gazów medycznych i pozostałej aparatury medycznej, zostanie dopiero doprecyzowany na etapie projektu budowlanego, kiedy to wydzielony zostanie konkretny zakres prac do wykonania, obejmujący elementy konieczne do instalacji wyrobów medycznych. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były przedmiotem odwołań, żaden z wykonawców nie zwrócił się także do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie wysokości stawki VAT jaka powinna zostać zastosowana.

Zauważyć także trzeba, że to rolą Odwołującego 2 było wykazanie, że stawki podatku VAT przyjęte przez ww. oferentów były nieprawidłowe. To Odwołujący 2 zainicjował spór przed Izbą w tym zakresie i to on powinien wykazać prawidłowość swego stanowiska. Interpretacje podatkowe, którymi posłużył się Odwołujący 2, w ocenie Izby nie są

wystarczające, aby przesądzić o słuszności stawianego zarzutu. Interpretacja indywidualna uzyskana przez samego Odwołującego 2 nie dotyczy bezpośrednio stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszej sprawy, lecz odnosi się do ogólnej działalności prowadzonej przez Odwołującego 2. Organ wydając przedmiotową interpretację nie dysponował szczegółowym opisem stanu faktycznego odnoszącym się do konkretnej inwestycji, lecz opierał się na ogólnym twierdzeniu wnioskodawcy (Odwołującego 2), że dostawa i montaż instalacji gazów medycznych ma miejsce w ramach „usług budowlanych i modernizacyjnych budynków szpitali i zakładów opieki medycznej". Interpretacja ta nie obejmowała swoim zakresem sytuacji, w której roboty budowlane obejmują nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale także ich zaprojektowanie. Ponadto wskazać należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia, indywidualne interpretacje podatkowe uzyskiwane przez wykonawców, stanowić mogą jedynie wskazówkę, co do sposobu interpretacji i stosowania określonych przepisów podatkowych. Indywidualne interpretacje podatkowe nie stanowią dowodu rozstrzygającego o stawce podatku od towarów usług, gdyż nie wiążą one ani zamawiającego, ani Izby, ani nawet wykonawcy. Interpretacje te wiążą jedynie organ podatkowy co do ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej podatnika stosującego się do posiadanej interpretacji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2018 r. KIO 2723/17). W ocenie Izby okoliczność czy świadczenie związane z montażem (instalacją) wyrobów medycznych jest świadczeniem odrębnym od pozostałych świadczeń objętych zamówieniem na roboty budowlane czy też świadczenia te mają charakter kompleksowy a ich dzielenie byłoby działaniem sztucznym, powinna być ocenia indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki, uwarunkowań i wymogów dotyczących konkretnego zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący 2 nie wykazał, aby zastosowanie jednolitej stawki VAT 23% przez konkurencyjnych wykonawców, na podstawie tak ukształtowanych postanowień SIWZ, było błędem. Odwołujący 2 nie podjął nawet próby wyjaśnienia, jaki konkretny zakres prac do wykonania obejmujący elementy konieczne do instalacji wyrobów medycznych, należałoby objąć stawką preferencyjną ani, że precyzyjne ustalenie szczegółowego zakresu prac, jakie wiązać się będą z instalacją gazów medycznych i pozostałej aparatury medycznej, która ma być wbudowana na stałe, na obecnym etapie, przy zakładanej realizacji zamówienia w systemie „zaprojektuj i wybuduj", było możliwe.

W tym stanie rzeczy Izba uznała przedmiotowy zarzut za niewykazany.

Sygn. akt KIO 141/20

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art.26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który odnosił się do niewykazania przez Przystępującego Pagma-Bud warunku udziału w postępowaniu wskazanego w § 10 pkt 2a SIWZ. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 123/20, wobec oparcia przedmiotowego zarzutu przez Odwołującego Climamedic na tożsamej podstawie faktycznej co zarzut Odwołującego Konsorcjum VIK-BUD.

Izba uznała za zasadny także zarzut naruszenia art.26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim odnosił się do niewykazania przez Przystępującego Pagma-Bud warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2b SIWZ.

Izba przyznała rację Odwołującemu Climamedic, iż powielenie wymagań określonych w treści warunku udziału w postępowaniu w opisie doświadczenia osób proponowanych na poszczególne stanowiska, nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno uznać, aby proste przeniesienie fragmentów SIWZ do wykazu osób stanowić miało opis doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku. W praktyce takie działanie niewiele różni się od złożenia oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie pozwala ono bowiem Zamawiającemu na zidentyfikowanie, a następnie weryfikację, doświadczenia posiadanego przez wskazane w Wykazie osoby. Zauważyć należy, że zgodnie z § 10 pkt 2b SIWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych oraz która pełniła określoną funkcję (Kierownika Budowy, Kierownika Robót) przy co najmniej 1 inwestycji określonego rodzaju lub która wykonała co najmniej 1 projekt obiektu użyteczności publicznej (w odniesieniu do Projektanta).

Na podstawie informacji przedstawionych przez Pagma-Bud w Wykazie osób nie jest możliwe zidentyfikowanie ani faktycznego okresu doświadczenia zawodowego wskazanych osób, ani inwestycji, na której dana osoba pełniła funkcję kierowniczą (w tym jej zakresu), brak jest także jakichkolwiek danych co do zakresu projektu wykonanego przez osobę wskazaną na stanowisko Projektanta. Okoliczności wskazujące na spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie wynikają również z załączonych do Wykazu osób dokumentów, które potwierdzają jedynie posiadane przez osoby wskazane w Wykazie osób ubezpieczenie

OC oraz uprawnienia budowlane i nie stanowią jakiegokolwiek potwierdzenia w zakresie czy to okresu faktycznego doświadczenia zawodowego, czy tym bardziej pełnienia wymaganej w warunku funkcji kierowniczej na jakiejkolwiek inwestycji. Izba podkreśla, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego w taki sposób, który nie budzi wątpliwości. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przedmiotem domniemań zamawiającego, dlatego też wykonawca powinien na wezwanie przedstawić takie oświadczenia i środki dowodowe, które potwierdzą prawdziwość złożonych oświadczeń wstępnych, a nie poddadzą ją w uzasadnioną wątpliwość.

W świetle powyższego Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania w powyższym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Pagma-Bud na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a i 2b SIWZ.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącego złożeniu przez wykonawcę Pagma-Bud formularza ofertowego sporządzonego niezgodnie z treścią SIWZ, Izba - uznając przedmiotowy zarzut za bezzasadny - w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia odnośnie analogicznego zarzutu podniesionego przez Odwołującego Konsorcjum VIK-BUD w sprawie o sygn. akt KIO 123/20, wobec oparcia tych zarzutów na tożsamej podstawie faktycznej.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dotyczącego zaniechania wykluczenia Pagma-Bud z postępowania z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności Pagma-Bud za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, w okresie od dnia złożenia oferty do dnia wskazanego w złożonych informacjach z KRK.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie i znajdującym potwierdzenie w dokumentacji postępowania był fakt, ze Przystępujący Pagma-Bud w treści JEDZ złożył oświadczenie wstępne o braku podstaw wykluczenia z postępowania, a następnie na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust .1 ustawy Pzp złożył odpowiednio dla spółki Pagma-Bud Sp. z o.o. oraz dla spółki Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dnia 18 grudnia 2019 r., które potwierdzały niekaralność ww. podmiotów zbiorowych. Przystępujący Pagma-Bud, na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył także informacje z KRK dla prokurenta Pagma-Bud oraz dla podmiotu udostępniającego zasoby wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zarzut Odwołującego 3 został oparty na okoliczności, że informacje z KRK dla spółek Pagma-Bud Sp. z o.o. oraz Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. zostały wystawione w dniu 18 grudnia 2019 r., wobec czego nie potwierdzały istnienia braku podstaw wykluczenia w okresie od upływu terminu składania ofert do 18 grudnia 2019 r., tj. do daty wystawienia tych dokumentów.

Powyższe stanowisko w ocenie Izby było błędne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem brak podstaw wykluczenia musi istnieć na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać brak podstaw wykluczenia, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (tak m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17).

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, gdzie zwrócono uwagę, iż „w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców

na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy odszedł od zasady, że składane dowody mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności podmiotowej jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Obecnie posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania, poprzez oświadczenie wstępne, zaś żąda się dowodów ją potwierdzających, aktualnych na dzień złożenia, nadto na każdym etapie postępowania zamawiający ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów i oświadczeń."

W aktualnym stanie prawnym brak jest obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert, ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. Wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem wstępnym (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 114/18). Oznacza to, że oświadczenia i dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw wykluczenia (czy to z art. 26 ust. 1 czy z art. 26 ust 3 ustawy Pzp) mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, ponieważ muszą zachowywać aktualność na dzień ich złożenia. Przystępujący Pagma-Bud w dniu 3 stycznia 2020 r. złożył informacje z KRK dla spółek Pagma-Bud Sp. z o.o. oraz Pagma-Bud Sp. z o.o. Sp. k. wystawione w dniu 18 grudnia 2019 r.. Dokumenty te potwierdzają stan istniejący w chwili ich złożenia, a zarazem nie podważają okoliczności istnienia braku podstaw wykluczenia, co do której Przystępujący Pagma-Bud złożył wcześniej oświadczenie wstępne. W tym stanie rzeczy nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego 3, jakoby wykonawca Pagma-Bud był zobowiązany do dodatkowego wykazania braku podstaw wykluczenia w okresie od dnia złożenia oświadczenia wstępnego do dnia złożenia dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - taki obowiązek nie wynika z obowiązujących przepisów. Odwołujący 3 nie wykazał także żadnych okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwość Zamawiającego czy w okresie od dnia złożenia oferty do dnia 18 grudnia 2019 r. zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy Pagma-Bud z postępowania i podważyć wiarygodność złożonego oświadczenia wstępnego.

Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp we wskazanym powyżej zakresie Izba uznała za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dotyczącego błędu w obliczeniu ceny w ofertach wykonawców, którzy dla robót budowlanych zastosowali jednolita stawkę VAT 23%, Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia odnośnie analogicznego zarzutu podniesionego przez Odwołującego Mostostal Zabrze w sprawie o sygn. akt KIO 127/20, wobec oparcia tych zarzutów na tożsamej podstawie faktycznej, uznając przedmiotowy zarzut za niepotwierdzony. Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że Odwołujący 3 nie podjął nawet próby wykazania, że stawki podatku VAT przyjęte przez pozostałych oferentów (z wyłączeniem Mostostal Zabrze) były nieprawidłowe. Odwołujący 3 nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji, dlaczego w świetle postanowień SIWZ dostawę wskazanej w odwołaniu aparatury medycznej należało uznać za świadczenie odrębne i objąć preferencyjną stawką VAT. Odwołujący 3 ograniczył się do przytoczenia przepisów i orzecznictwa, nie konfrontując jednakże ich treści ze stanem faktycznym zaistniałym w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący 3 co prawda stwierdził na rozprawie, że skalkulowanie wartości sprzętu wskazanego w załączniku do PFU było możliwe, niemniej nie przedstawił w tym zakresie jakiejkolwiek dalszej argumentacji, która uprawdopodabniałaby jego stanowisko. Nie wyjaśnił także, jaki konkretnie zakres zamówienia wykonawcy mieliby objąć stawką preferencyjną - czy wyłącznie dostawę, czy także montaż/instalację i czy na obecnym etapie, przed stworzeniem projektu, istnieje możliwość precyzyjnego wydzielenia zakresu świadczeń związanych z montażem/instalacją wyrobów medycznych, które miałyby zostać objęte stawką VAT 8%. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Odwołujący 3 sprostał obciążającemu go, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązkowi dowodowemu w zakresie wykazania błędu w obliczeniu ceny w ofertach konkurentów.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....