Sygn. akt: KIO 1506/24, KIO 1509/24, KIO 1534/24

WYROK

Warszawa, dnia 01 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Stankiewicz-Baraniak
Katarzyna Paprocka
Aleksandra Patyk
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 maja i 24 czerwca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach, przy Placu Piastów 10 (44-101 Gliwice) i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach, przy ul. Nad Bytomką 1 (44 -100 Gliwice) - sygn. akt: KIO 1506/24;

B.w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy ul. Hołubcowej 123 (02-854 Warszawa) - sygn. akt: KIO 1509/24;

C.w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) - sygn. akt: KIO 1534/24;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gliwice ul. Zwycięstwa 21 (44-100 Gliwice),

przy udziale wykonawców:

- PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie – przystępującego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/24 i KIO 1534/24;
- Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - przystępującego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/24 i przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/24;
- Mirbud spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Unii Europejskiej 19, (96-100 Skierniewice) przystępującego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1506/24, KIO 1509/24 i KIO 1534/24;

orzeka:

KIO 1506/24

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i:

2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicachtytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 716 zł 47 gr (słownie: siedemset szesnaście złotych czterdzieści siedem groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem 1/3 części kosztów dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicachna rzecz zamawiającego kwotę 4 316 zł 47 gr (słownie: cztery tysiące trzysta szesnaście złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 części kosztów dojazdu na rozprawę.

KIO 1509/24

1.Uwzględnia odwołanie w części, tj. co do:

zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp (zarzut nr 3 w części co do pkt i) i iii)), zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp (zarzut nr 4), zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp (zarzut nr 8 w części co do pkt i)) i nakazuje zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2 powtórzenie czynności badania i oceny ofert; w tym wezwanie wykonawcy Mirbud spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu kalkulacji ceny w zakresie Opcji nr 1 poz. 25, w tym złożenia dowodów oraz wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wyceny Opcji od nr 2 do nr 8;

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawiew części 5/8 oraz zamawiającego Miasto Gliwice w części 3/8 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 716 zł 47 gr (słownie: siedemset szesnaście złotych czterdzieści siedem groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem 1/3 części kosztów dojazdu na rozprawę;

3.2zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawiekwotę 4 803 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego będące różnicą pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez zamawiającego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

KIO 1534/24

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 716 zł 4 7 gr (słownie: siedemset szesnaście złotych czterdzieści siedem groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem 1/3 części kosztów dojazdu na rozprawę;

2.2 zasądza od wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 4 316 zł 47 gr (słownie: cztery tysiące trzysta szesnaście złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 części kosztów dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 1506/24,
KIO 1509/24
KIO 1534/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Gliwice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: ”Budowa szpitala miejskiego”, na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), (zwanej dalej: „Pzp” lub ustawą „Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejz dnia 22 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 119-373683.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 1506/24

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach i Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach(dalej zwanych również: „odwołującym 1” lub

„Mostostal”), wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

1.odrzuceniu oferty Odwołującego 1,

2.zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Mirbud S.A. ul. Unii Europejskiej 19, 96-100 Skierniewice (dalej: Wykonawca Mirbud),

3.wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Mirbud.

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący 1 zarzucił naruszenie następujących przepisów :

1.art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego i uznaniu, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy cena oferty oraz wszystkie składniki cenotwórcze zostały skalkulowane przy uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku VAT,

2.art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty; omyłka polegająca na przeniesieniu pozycji 27b Formularza cenowego do poz. 25 Formularza cenowego,

3.art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez przekazanie odwołującemu wadliwej informacji o odrzuceniu oferty odwołującego bez wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego,

4.art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy oferta zawiera błędy w obliczenia ceny - Wykonawca Mirbud nie określił ceny oraz składników cenotwórczych przy uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku VAT,

5.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy Wykonawca Mirbud nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do doświadczenia w realizacji budowy obiektu szpitalnego,

6.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit.b) w związku z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, iż podmiot udostępniający zasoby zrealizuje zamówienie w deklarowanym zakresie, pomimo braku doświadczenia podmiotu udostępniającego co do realizacji budowy obiektu szpitalnego,

7.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud w sytuacji, gdy Wykonawca Mirbud podlega wykluczeniu z postępowania bowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

8.art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud pomimo, iż istotne elementy części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie z ostrożności naruszenie (zarzut nr 9):

9.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Mirbud do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do istotnych elementów części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny (zarzut ewentualny),

10.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud pomimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

11.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej przez Wykonawcę Mirbud, w sytuacji gdy jego oferta podlega odrzuceniu;

12.art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym, odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Mirbud, nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego 1.

Odwołujący 1 wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego 1 mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś oferta Wykonawcy Mirbud powinna podlegać odrzuceniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji.

Odwołujący 1 dla uzasadnienie zarzuty nr 1 i 2 podkreślił, iż zamawiający, wskazał że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny. Ustalenia

poprzedzone zostały wezwaniem do wyjaśnień oraz wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego co do przyjęcia w wyszczególnionych pozycjach formularza ofertowego stawek podatku VAT w wysokości 8% i 23%. Pomimo złożenia obszernych wyjaśnień oraz dowodów stanowiących potwierdzenie prawidłowego określenia stawek podatku VAT, zamawiający uznał, że błędy w obliczeniu ceny zostały popełnione w związku z niewłaściwymi założeniami w następujących kwestiach:

1. uznania przez odwołującego, że w zakresie części podstawowej w ramach wstępnego etapu realizacji instalacji gazów medycznych powstaje wyrób medyczny – dot. Formularza cenowego lp. I poz. 1, 2 i 6 w części podstawowej;
2. uznania, że w zakresie prowadzącym do powstania instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego należy dokonać podziału świadczeń – dot. Formularza cenowego lp. II poz. 20;
3. uznania, że w zakresie obejmującym wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny należy dokonać podziału świadczeń – dot. Formularza cenowego lp. II poz. 27;
4. nieuzasadnionego wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni i zastosowania do nich 8% stawki podatku VAT – dot. Formularza cenowego lp. I poz. 5 w części podstawowej, lp. VI poz. 2 w opcji nr 5, lp. VII poz. 2 w opcji nr 6, lp. IX poz. 1, 2 i 3 w opcji nr 8.

W ocenie zamawiającego założenia te nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia.

W odniesieniu do instalacji gazów medycznych, zdaniem odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne. Odwołujący prawidłowo zidentyfikował świadczenia, dla których w sposób uprawniony przyjął właściwe stawki podatku VAT. Wykonanie czynności związanych z instalacją gazów medycznych dotyczy przede wszystkim części podstawowej zamówienia. Bez względu na to, czy docelowa instalacja (w całości lub części) będzie zrealizowana z zakresie Opcji nr 1 zamówienia, to świadczenia w części podstawowej uprawniają odwołującego do zakwalifikowania instalacji jako wyrób medyczny, a w związku z tym zaoferowanie 8% stawki podatku VAT.

Odwołujący przywołał, iż jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego *„cała instalacja ma zostać zrealizowana w kilku etapach – początkowo w części podstawowej w zakresie pozycji „Budynek szpitala", „Budynek techniczny nr 1" oraz „Zagospodarowanie terenu" oraz finalnie – jako certyfikowany wyrób medyczny – w zakresie opcji nr 1 w pozycji „Instalacja gazów medycznych*" . *Kompletna, w pełni funkcjonująca, certyfikowana instalacja gazów medycznych powstanie dopiero w wyniku realizacji przez Wykonawcę zakresu ujętego w opcji nr 1*". Zdaniem odwołującego zamawiający przyznał zatem, iż instalacja będzie realizowana w etapach tj. w części zamówienia podstawowego, jak również może, ale nie musi, w części Opcji nr 1. Decyzja o realizacji zamówienia opcjonalnego nie ma znaczenie dla realizacji zamówienia podstawowego. Wykonawca zobowiązany był do wyceny prawa opcji, ale to nie oznacza, iż będzie ją realizował. Pewna za to jest realizacja w zakresie części podstawowej. Wymagania określone w części podstawowej dla wykonania instalacji w budynku szpitala, budynku technicznym nie pozbawia zakresu tej instalacji przymiotu wyrobu medycznego. Przede wszystkim wymagana jest realizacja w tej części zamówienia w oparciu o normy i dokumenty właściwe dla wyrobów medycznych. Z wymagań normy ISO 7396-1 w zakresie rozszerzania instalacji gazów medycznych wynika, że odrębnym wyrobem medycznym, może być zarówno źródło gazów medycznych np. źródło próżni, jak i system rozprowadzający gazów medycznych zakończony zaworem - jeśli przeznaczony jest do późniejszego rozszerzenia tej instalacji i podłączania punktów poboru gazów medycznych. W kontekście wymagań przywołanych w normie ISO 7396-1 oraz w kontekście wydawanych deklaracji zgodności, standardem jest dokonywanie indywidualnej oceny zgodności półproduktów i komponentów specjalnie produkowanych dla instalacji gazów medycznych np. źródeł zasilania, systemów alarmowych czy systemów rozprowadzających, co wiąże się z przeprowadzeniem badań, oceną zgodności oraz wydaniem deklaracji zgodności i oznakowaniem wyrobu znakiem CE.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z definicją stosowaną w normie system rurociągowy do gazów medycznych składa się z czterech niezależnych komponentów. Norma dopuszcza możliwość zbadania każdego z nich osobno. Badania przywołane w normie takie jak D2, D3, D4.1., D4.2, D5.1, D5.2, D5.3, D6.1, D6.2, D7, D8, D15, D20 mogą zostać wykonane bez punktów poboru oraz źródeł, natomiast punkty poboru i źródła dostarczane mogą być w formie gotowych wyrobów medycznych. Norma przewiduje przypadek budowy, rozszerzania, modyfikacji już istniejących instalacji bez dostawy punktów poboru i źródeł. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, wykonanie czynności dotyczących instalacji gazów medycznych w części podstawowej zamówienia, należy kwalifikować jako wyrób medyczny i na tej podstawie możliwe, a nawet konieczne było określenie stawki podatku VAT na poziomie 8%.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż w dokumentacji postępowania tj. *Tom I – Specyfikacje Techniczne Wykonanie i Odbioru Robót, pkt 2 Wymagania dotyczące właściwości wyrobów budowlanych oraz niezbędne wymagania związane z ich przechowywaniem, transportem, warunkiem dostawy, składowaniem i kontrolą jakości, pkt 2.1 Wymagania dotycząc materiałów*wskazano, iż wymienione materiały i urządzenia muszą posiadać aprobatę CE dla wyrobu medycznego odpowiedniej klasy, deklarację zgodności wytwórcy oraz potwierdzenie złożenia wniosku

zgłoszenia wyrobu do Urzędu Rejestracji Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych m. in.:

- rury i kształtki do gazów medycznych i próżni;
- kompletny system rurociągowy do gazów medycznych i próżni,
- zawory do gazów medycznych i próżni.

Wymienione elementy są ujęte w części podstawowej zamówienia. Jako, że sam zamawiający w dokumentacji przesądza, że stanowią one wyrób medyczny (poprzez wymienione powyżej wymagania) jedyną możliwą do zastosowania stawką podatku VAT jest stawka podatku VAT właściwa dla wyrobu medycznego – czyli 8%. Odwołujący wskazywał, iż potwierdzeniem tego, że zamawiający wymaga wykonania wyrobu medycznego znajduje się również w dokumentacji: *Tom I – Specyfikacje Techniczne Wykonanie i Odbioru Robót, pkt 6.1. Badania i pomiary*, gdzie zamieszczono następujące wymaganie *„należy wykonać wszystkie badania zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 7396-1:2010 na formularzach określonych przez normę. Wymaga się atestowanych urządzeń pomiarowych, których atesty zostaną przedłożone Inwestorowi przed przystąpieniem do badań. Należy zwrócić uwagę, że niektóre z badań muszą zostać wykonane w trakcie robót zanikających".*

Bez wątpienia według odwołującego, wykonanie instalacji gazów medycznych związane jest także z wykonaniem robót zanikających, dla których należy przeprowadzić proces certyfikacji właściwy dla wyrobów medycznych.

Zdaniem odwołującego, zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT potwierdza przedłożona wraz z wyjaśnieniami (z 19 marca 2024 r.) Interpretacja Indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9 grudnia 2019 r. Zamawiający jednak nie odniósł się do przedłożonej przez odwołującego Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9 grudnia 2019 r. Nie zakwestionował tej interpretacji ani też nie uznał, iż nie jest ona przydatna do oceny prawidłowości przyjętej przez odwołującego stawki podatku VAT. Zastosowanie się przez odwołującego do interpretacji indywidualnej nie może działać przeciwko niemu i nie można z tego tytułu wyciągać negatywnych dla odwołującego konsekwencji, nawet w sytuacji, gdy zamawiający nie jest związany interpretacją indywidualną. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 1/23).

Reasumując, odwołujący podkreśli iż według niego był uprawniany do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% zarówno w części podstawowej, jak i w zakresie Opcji nr 1 zamówienia. Odwołujący dokonał prawidłowej kwalifikacji wyrobu jako kwalifikującego do zastosowania tej stawki, a kwalifikacja ta opiera się przede wszystkim na dokumentacji postępowania, prawidłowej analizie przepisów podatkowych, oraz znajduje oparcie w interpretacji Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9 grudnia 2019 r. Prawidłowość stanowiska odwołującego potwierdza opinia doradców podatkowych, która stanowi załącznik do odwołania.

W odniesieniu do wyposażenia niemedycznego i sprzętu niemedycznego odwołujący podkreślił, iż stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wskazał, iż w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 19 marca 2024 r., przekazał Tabelę nr 1, w której określił dla wymaganych pozycji z formularza cenowego podstawę prawną przyjętej przez Wykonawcę stawki podatku od towaru i usług oraz Tabelę nr 2 – zawierającą wskazanie zakresu rzeczowego, dla którego przyjęto stawkę VAT w wysokości 8% i w wysokości 23 %. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, tak jak w przypadku podatkowej interpelacji indywidualnej, nie tylko nie odniósł się do wyjaśnień wynikających z Tabeli nr 1 i Tabeli nr 2, ale wręcz ją pominął. Zamawiający całkowicie zignorował, iż w poz. nr 27 *„wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny",* odwołujący zidentyfikował wyroby medyczne, które upoważniały go do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8 %. Z Tabeli nr 2 wprost wynika, iż odwołujący złożył ofertę na wyroby medyczne, które ujął w pozycji 27 Formularza Cenowego: taborety obrotowe pneumatyczne (z oparciem i bez oparcia), stanowiska do pielęgnacji noworodków przewijakiem i umywalką, stoliki do pielęgnacji niemowląt typu „U" z wagą i szufladami, szafki przyłóżkowe (z podnoszonym blatem i bez blatu), parawany sufitowe, osprzęt sanitarny dla niepełnosprawnych.

Odwołujący wskazał, iż wydzielenie nastąpiło w oparciu o wyszczególnione w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych STWiORB-plik"280-IP-00_XX-SP-A-00013-Wyposażenie niemedyczne.pdf zamieszczone w „dokumentacji projektowej po modyfikacji (8.12.2023)", udostępnionej przez zamawiającego w dniu 11 grudnia 2023 r.

Informacje o zakresie wyposażenia objętego przedmiotem zamówienia zostały zawarte w wielu dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia i pozostałe dokumenty zamówienia. Wbrew jednak stanowisku zamawiającego – o ile jasne jest, że wyposażenie takie należało wycenić a następnie dostarczyć, to nie było nigdzie przesądzone, w której pozycji Formularza cenowego należy każdy z elementów ująć. Zamawiający opublikował m.in.:

1. TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych);
2. Zestawienia wyposażenia;
3. Specyfikacje techniczne STWiOR (odrębne dla różnych zakresów przedmiotu zamówienia), w tym w szczególności: „280-IP-00-XX-SP-A-00013 - Wyposażenie niemedyczne".

Odwołujący wskazuje, iż w żadnym z powyższych dokumentów, podział wyposażenia objętego przedmiotem zamówienia nie został określony w sposób tożsamy z podziałem zgodnym ze wzorem Formularza cenowego. Formularz cenowy przewidywał trzy pozycje:
poz. 25 wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych,
poz. 26 pozostałe wyposażenie medyczne i sprzęt medyczny,
poz. 27 wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny.
Odwołujący zatem zastosował się do zaleceń zamawiającego wynikających wprost z dokumentacji przetargowej – po pierwsze w zakresie wyodrębnienia elementów wyposażania niemedycznego i sprzętu niemedycznego, które faktycznie należy zakwalifikować jako sprzęt medyczny, po drugie – możliwości podziału poszczególnych pozycji Formularza cenowego, w przypadku stwierdzenia, że w obrębie danej pozycji mieszczą się elementy, dla których można zastosować odrębne stawki podatku VAT. Możliwość taką, zdaniem odwołującego, zagwarantował zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie 2840-2841.

W związku z powyższym wydzielenie w Formularzu cenowym odnoszącym się do wyposażenia niemedycznego i sprzętu niemedycznego, elementów wyposażenia, dla których można zastosować preferencyjna stawkę podatku VAT, w sytuacji gdy wydzielenie takie wynika wprost z dokumentacji przetargowej, nie może być traktowane na niekorzyść odwołującego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się na obowiązek interpretowania wszelkich nieścisłości dokumentacji postępowania na korzyść wykonawców, bowiem to zamawiający, jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest do należytego opracowania dokumentacji przetargowej, której brzmienie powinno być jasne.

W dokumentacji postępowania, w szczególności w części SWZ dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający nie przesądził, jak należy podzielić całość wyposażenia pomiędzy odpowiednie pozycje Formularza cenowego. Decyzja więc o tym, do której z pozycji przypisać poszczególne wyroby, należała do wykonawców. Odwołujący dokonał następującego podziału:

1. w poz. 25 ujęto elementy wyposażenia posiadające status wyrobu medycznego, upoważnione do preferencyjnej stawki VAT, z wyłączeniem tych elementów, które zostały wymienione w Specyfikacji technicznej „280-IP-00-XX-SP-A-00013- Wyposażenie niemedyczne”,
2. w poz. 26 ujęto pozostałe wyposażenie medyczne i sprzęt medyczny, tzn. takie które nie posiadają statusu wyrobu medycznego w świetle ustawy o wyrobach medycznych,
3. w poz. 27 ujęto wyposażenie wyszczególnione w Specyfikacji technicznej „280-IP-00-XX-SP-A-00013-Wyposażenie niemedyczne”

W poz. 27 obok wyposażenia niemedycznego znalazły się elementy, które są wyrobami medycznymi, ale zostały wyszczególnione w Specyfikacji technicznej *„280-IP-00-XX-SP-A-00013- Wyposażenie niemedyczne”* Odwołujący w załączeniu do odwołania przedłożył dokument tj. *Specyfikację techniczną „280-IP-00-XX-SP-A-00013-Wyposażenie niemedyczne”* z zaznaczonymi kolorem zielonym elementami wyposażenia, które stanowią wyroby medyczne. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż zaznaczone wyroby medyczne znajdowały się również w Dziale 2.13 pierwotnego (zastąpionego) TER-u „Wyposażenie niemedyczne”, ale ze wskazaniem, że są to wyroby medyczne. Natomiast w Zbiorczych zestawieniach wyposażenia, z kolei elementy te znalazły się pośród wyposażenia medycznego. Są to: taborety obrotowe pneumatyczne (z oparciem i bez oparcia), stanowiska do pielęgnacji noworodków z przewijakiem i umywalką, stoliki do pielęgnacji niemowląt typ „U” z wagą i szufladami, szafki przyłóżkowe (z podnoszonym blatem i bez blatu), parawany sufitowe, osprzęt sanitarny dla niepełnosprawnych. Składając ofertę, wycenę powyższych elementów Odwołujący ujął w poz. 27b Formularza cenowego przyporządkowując stawkę preferencyjną VAT – 8%.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 2840-2841 wskazał: *„Zamawiający informuje, że dokona modyfikacji formularza cenowego (załącznik nr 6 do SWZ) oraz harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego (załącznik nr 2 do wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 7 do SWZ). W obu dokumentach, w opcji nr 1 wydzielono odrębną pozycję o nazwie: "Wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych". Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku chęci zastosowania przez Wykonawcę dwóch różnych stawek podatku VAT dla jednej z pozycji wskazanej we wzorze formularza cenowego należy w formularzu tym wydzielić dwie pozycje dla wiersza wskazanego we wzorze dokumentu tj. jeśli np. dla pozycji „Opcja nr 1 poz. 27” Wykonawca chce zastosować dwie stawki VAT to należy wydzielić podpozycje: 27a i 27b i w obu podpozycjach wskazać stosowną stawkę VAT oraz kwoty netto, których dana stawka dotyczy. Dodatkowo w takim przypadku należy wydzielić analogiczne podpozycje w harmonogramie terminowo-rzeczowo-finansowym i każdą z tych wydzielonych podpozycji stosownie uwzględnić w szczegółowym kosztorysie ofertowym.* Informacja ta została zamieszczona także w Formularzu cenowym.

Odwołujący w pozycjach 25-27 Formularza cenowego wycenił komplet wyposażenia objętego przedmiotem zamówienia oraz podzielił wyposażenie pomiędzy pozycje 25, 26, 27, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przyporządkowując właściwą stawkę podatku VAT:

•• 8% dla pozycji 25,
•23% dla pozycji 26,
•8% dla pozycji 27b Formularza cenowego.
Odwołujący nie przeniósł elementów wyposażenia medycznego (wyrobów medycznych), zidentyfikowanych w poz. nr 27b do poz. nr 25 Formularza cenowego, przyjmując, że odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pytania nr 2840-2841, dopuszcza takie rozwiązanie. Co więcej takie wydzielenie pozycji nr 27a i 27b Formularza cenowego przez odwołującego jest irrelewantne z punktu widzenia rozliczenia umowy. Bez względu na zakwalifikowanie wskazanych elementów wyposażenia do konkretnej pozycji Formularza cenowego, obowiązująca stawka podatku VAT wynosi 8 %. Wydzielenie z pozycji nr 27 poz. 27a i 27b Formularza cenowego umożliwia ocenę oferty oraz ustalenie jej poprawności w zastosowaniu stawki VAT. Zamawiający posiada pełną informację o tym, co jest treścią oferty i w jaki sposób zastosowano stawki podatku VAT. Tym samym ujęcie części wyrobów w pozycji 27 lub 25 pozostaje bez żadnego wpływu na treść oferty i możliwość jej oceny.

Zamawiający zatem po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego co do zastosowanej stawki podatku VAT był uprawniony do uznania, iż działanie odwołującego było prawidłowe. Ewentualnie przyjmując, że zamawiający chciał wszystkie wyroby medyczne ująć w pozycji 25 (co jednak nie wynika wprost z treści dokumentów zamówienia), mógł poprawić Formularz cenowy, kwalifikując wydzielenie wyrobów medycznych w poz. 27b jako omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Brak podjęcia czynności przez zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W odniesieniu do kwestii związanej z zagospodarowaniem terenów zielonych odwołujący nie zgadza się z zamawiającym, iż czynności związane z zielenią są czynnościami o charakterze świadczeń pomocniczych dla zadania głównego jakim jest budowa szpitala. To czynności nierozerwalnie ze sobą powiązane, zmierzające do kompleksowej realizacji całego zadania i nadania terenowi objętemu inwestycją wartości użytkowych. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący kwestionuje stanowisko zamawiającego i w całości podtrzymuje wyjaśnienia z dnia 19 marca 2024 r. dotyczące świadczenia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni i zastosowania dla tego typu usług 8% stawki podatku VAT. Odwołujący zastosował obniżoną stawkę podatku VAT dla świadczonych usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni do nasadzenia drzew i krzewów wraz z pielęgnacją oraz do wykonania trawników wraz z pielęgnacją. Działanie to jest zgodne z klasyfikacją PKWiU 81.30.

Odwołujący dalej kwestionuje twierdzenie zamawiającego, iż usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni są usługami pomocniczymi dla budowy szpitala, a w związku z tym należało zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. W postępowaniu usługa związana z zagospodarowaniem zieleni nie jest usługą pomocniczą względem budowy szpitala. Usługa ta w żaden sposób nie determinuje możliwości skorzystania z rezultatu robót budowy szpitala, ani też nie jest niezbędna dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Usługę zagospodarowania zieleni można oddzielić od budowy szpitala i z tego względu może być traktowana jako odrębne świadczenie. Niezmiernie łatwo jest wyobrazić sobie, że zlecenie zagospodarowania zieleni jest osobnym zamówieniem od budowy budynku szpitala. Nie istnieje bowiem powiązanie techniczne lub technologiczne a wykonawca nie musi posiadać tych samych umiejętności, zasobów w postaci maszyn lub urządzeń oraz personelu. Zagospodarowanie zieleni może, ale nie musi być objęte postępowaniem na wykonanie robót budowlanych.

Co istotne, zamawiający w Formularzu cenowym wyodrębnił zakres zagospodarowania zieleni od m. in. budynku szpitala, zagospodarowania terenu i budowy ulic: Kujawska, Pocztowa, Ceglarska. Odwołujący dla zakresu rzeczowego obejmującego zieleń w zakresie, o którym mowa w Formularzu cenowym tj. część podstawowa poz. 5b zieleń, część podstawowa poz. 6b zagospodarowanie terenu, opcja nr 5 poz. 2b zagospodarowanie terenu, opcja 6 poz. 2 zieleń, opcja 8 poz.1b działka 224 obr. Ligota Zabrska; opcja 8 poz. 2b działka 226 obr. Ligota Zabrska; opcja 8 poz. 3b działka 658/2 obr. Ligota Zabrska - przyjęto stawkę VAT w wysokości 8%. Ponadto Odwołujący dokonał rozróżnienia na zabezpieczenie drzew w związku z budową, do czego zastosował stawkę podstawową (23% VAT) oraz czynności nasadzeń i pielęgnacji drzew i krzewów oraz wykonania trawników i ich pielęgnacji, które nie są związane z wykonywaniem usług budowlanych zostały objęte stawką obniżoną. Z tego względu do usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni sklasyfikowanych pod symbolem PKWiU 81.30.10.0 zastosowanie znajdzie stawka podatku VAT w wysokości 8%, a działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu m. in. zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8 % dla usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni, jak również z polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Mirbud z powodu zastosowania dla tych usług stawki podatku VAT w wysokości 23 % jest nieprawidłowa.

Odwołujący dla uzasadnienia zarzutu 3 wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż *„błędy w obliczaniu ceny zostały popełnione w związku z niewłaściwymi założeniami w następujących kwestiach:*

1) uznania, że w zakresie części podstawowej w ramach wstępnego etapu realizacji instalacji gazów medycznych powstaje wyrób medyczny – dot. lp. I poz. 1, 2 i 6 w części podstawowej;
2) uznania, że w zakresie prowadzącym do powstania instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego należy dokonać podziału świadczeń – dot. lp. II poz. 20 (..). Ad 1 i 2) przedstawiona przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach argumentacja ni zasługuje na uznanie (….). Zamawiający z niżej opisanych powodów nie podziela stanowiska wykonawcy, że dla pozycji (…) b) lp. II 20 „Instalacja gazów medycznych" w zakresie opcji nr 1, w której powstaje wyrób medyczny, należało w części zastosować stawkę 23 %".

Zamawiający w dalszej części uzasadnienia odrzucenia na stronie 6 i 7, w ogólne nie odnosi się i nie uzasadnia, z jakich względów *„nie podziela stanowiska wykonawcy, że dla pozycji (…) b) lp. II 20 „Instalacja gazów medycznych" w zakresie opcji nr 1, w której powstaje wyrób medyczny, należało w części zastosować stawkę 23 %".* Mając na uwadze, że zamawiający nie wskazał, z jakich względów uznał, że nie podziela stanowiska wykonawcy, że dla pozycji (…) b) lp. II 20 „Instalacja gazów medycznych" w zakresie Opcji nr 1, w której powstaje wyrób medyczny, należało w części zastosować stawkę 23 %". Odwołujący tym samym nie jest w stanie szczegółowo odnieść się do ogólnej i niejasnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący wskazał, iż takie działanie zamawiającego narusza art. 253 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, który nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty.

Odwołujący w odniesieniu zarzutu 4 dotyczącego zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud ze względu na błąd w obliczeniu ceny wskazywał, iż w ofercie Wykonawcy Mirbud wystąpiły błędy w obliczaniu ceny polegające na zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23 %, zamiast 8 %, bowiem Wykonawca Mirbud uznał, że:

1. w zakresie części podstawowej w ramach wstępnego etapu realizacji instalacji gazów medycznych nie powstaje wyrób medyczny – dot. Formularza cenowego lp. I poz. 1, 2 i 6 w części podstawowej i w związku z tym nie wydzielił z powyższych pozycji elementów, dla których właściwa jest stawka podatku VAT w wysokości 8%,
2. zakresie prowadzącym do powstania instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego nie należy dokonać podziału świadczeń – dot. Formularza cenowego lp. II poz. 20 i w związku z tym nie wydzielił z poz. 20 elementów dotyczących instalacji gazów pozamedycznych;
3. nie zachodzi potrzeba wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni i zastosowania do nich 8% stawki podatku VAT – dot. Formularza cenowego lp. I poz. 5 w części podstawowej, lp. VI poz. 2 w opcji nr 5, lp. VII poz. 2 w opcji nr 6, lp. IX poz. 1, 2 i 3 w opcji nr 8.

Odwołujący podkreślił, iż wykonawca Mirbud dla usług związanych z instalacją gazów medycznych zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy powinien zastosować stawkę preferencyjną w wysokości 8%. Zamawiający przedstawił swoją argumentację w tym zakresie powyżej. Odwołujący w zakresie kwestii związanej z zagospodarowaniem terenów zielonych podkreślił, iż wykonawca Mirbud dla usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Jak wynika z uzasadnienia zarzutu nr 1 dotyczącego usług zieleni, właściwa w tym zakresie jest stawka podatku VAT w wysokości 8%. Mirbud zaniechał określenia prawidłowej stawki podatku VAT co oznacza, iż jego oferta podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

Jak twierdzi odwołujący, wbrew twierdzeniom Wykonawcy Mirbud usługi zagospodarowania zieleni nie stanowią kompleksowej usługi budowlanej w związku z wykonywaniem „świadczenia budowalnego". Usługi zagospodarowania zieleni nie są czynnościami uzupełniającymi w stosunku do robót budowlanych, jak również ich charakter i efekt końcowy nie decyduje o tym, że wpisują się one w usługi budowlane. Nie przyczynią się też w żaden sposób do wykonania świadczenia głównego.

W dalszej części odwołujący argumentował, iż przepisy ustawy o podatku od towarów i usług oraz regulacje Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego sytemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 s. 1 z późn. zm.), nie regulują kwestii czynności złożonych, stąd zastosowanie koncepcji opodatkowania świadczeń kompleksowych wypracowane przez m.in. Trybunał Sprawiedliwości UE, w wydanych orzeczeniach na podstawie pierwotnie obowiązującej Szóstej Dyrektywy Rady (77/388/EWG) oraz obecnie obowiązującej Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L nr 347. str. 1, z późn. zm.). W szczególności w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd., Trybunał uznał, że każde świadczenie usług powinno być co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne. Jeżeli jednak dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej.

Bez wątpienia w przypadku wykonania robót w zakresie „zieleni", zdaniem odwołującego nie można mówić o świadczeniu kompleksowym. Świadczenia polegające na wykonaniu trawnika i nasadzeń drzew, krzewów wraz z ich pielęgnacją przy budowie ulic Kujawskiej, Pocztowej i Ceglarskiej nie są świadczeniem kompleksowym, bądź czynnością

pomocniczą względem budowy szpitala. Twierdzenia Mirbud dotyczące świadczenia kompleksowego zostały oparte na podatkowych interpretacjach indywidualnych wydanych dla podmiotów, których w żaden sposób nie można zidentyfikować, jak również w sprawach, które nie mają zastosowania do przedmiotowego zamówienia. Cytowane interpretacje przywoływane są jedynie w zakresie mającym potwierdzać błędne założenie Mirbud, że stawką podatku VAT w wysokości 23% jest prawidłowa w przypadku przedmiotowego postępowania. Wykonawca Mirbud wskazał, iż obowiązek prawidłowego zakwalifikowania świadczenia dotyczącego zieleni realizowanego wraz z robotami spoczywa na wykonawcy i w związku z tym, jak również wobec braku interpretacji indywidualnej zezwalającej na zastosowanie preferencyjnej stawki podatku, przyjął, iż właściwa jest stawka podatku VAT 23%. Podobnie błędne jest założenie co do części podstawowej w ramach wstępnego etapu realizacji instalacji gazów medycznych, iż nie powstaje wyrób medyczny, a tym samym nie ma potrzeby zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, jak również nie wydzielenie z poz. 20 Formularza cenowego dla Opcji nr 1 elementów dotyczących instalacji gazów pozamedycznych. Odwołujący podkreślił, iż założenia te są błędne i powinny skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący dla argumentacji na poparcie zarzutu zarzut nr 5 i 6 tj. zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Wykonawcy Mirbud ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazał, iż zgodnie z postanowieniami Rozdziału 9 ust. 4 pkt 1 SWZ:*„o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 10 lata przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonaniu należycie co najmniej dwie umowy, w tym:*

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu szpitalnego o kubaturze min. 50.000 m³

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu ogólnodostępnego o wartości co najmniej 70.000.000, 00 zł brutto, obejmująca co najmniej branże: konstrukcyjną, elektryczną, telekomunikacyjną i sanitarną”.

Wykonawca Mirbud na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie realizacji budowy obiektu szpitalnego o kubaturze min. 50.000 m³, powołał się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby – spółkę Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu. Spółka Wodpol złożyła zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie inwestycji pn.: *„Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu”.* Z treści referencji wynika, iż prace zrealizowane były w terminie od 12 grudnia 2018 r. do 30 stycznia 2020 r. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty zweryfikował doświadczenie osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz doświadczenie Wykonawcy Mirbud co do realizacji Budowy hotelu pn. Double Tree by Hilton Warsaw Conference Center and SPA w Warszawie, kierując do zamawiających pytania, czy i w jakim zakresie osoby czy też Wykonawca Mirbud, zrealizował umowy, na które powołuje się w wykazach w celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał takiego działania w odniesieniu do doświadczenia spółki Wodpol w zakresie budowy szpitala w Żywcu. Odwołujący podkreślił, iż z informacji powszechnie dostępnych wynika, że spółka Wodpol nie zrealizowała w całości budowy Szpitala w Żywcu.

Zamawiający postawił dwa wymagania co do doświadczenia podmiotu, który w przyszłości ma realizować umowę: pierwsze w zakresie specjalistycznym dot. budowy obiektu szpitala określonej kubaturze, drugie zaś o charakterze bardziej ogólnym potwierdzające umiejętność prowadzenia inwestycji kubaturowej o określonej wartości. Wykonawca Mirbud nie posiada własnego doświadczenia specjalistycznego, stąd zapewne podparcie się referencjami podmiotu udostępniającego zasoby. Problem jednakże polega na tym, ze również ten podmiot nie posiada wymaganego doświadczenia. Jego doświadczenie to wykonanie prac polegających na dokończeniu budowy budynku szpitalnego, który projektował i wykonał w największym zakresie inny podmiot. Doświadczenie oznacza nabycie pewnych praktycznych umiejętności, wyuczonych, ale i ugruntowanych w ramach praktycznej działalności. Zamawiający wymagał doświadczenia w budowie szpitala - nie dopuszczał doświadczenia polegającego na wykonaniu części prac. Byłoby to zresztą niecelowe – skoro podmiotem doświadczonym jest podmiot, który wykonał budowę szpitala, to nie jest takim podmiotem ten, który odpowiadał za wykonanie jedynie części prac związanych z taką budową. Gdyby Zamawiający dopuszczał możliwość wykonania części prac, to dałby temu wyraz z swz, np. określając jakie prace powinny wchodzić w zakres.

Spółka Wodpol nie posiada więc wymaganego doświadczenia, co za tym idzie w sposób oczywisty nie ma zasobów, które mogłaby udostępnić w zakresie doświadczenia polegającego na budowie szpitala o wymaganej kubaturze. Wykonawca Mirbud złożył wraz z oferta zobowiązanie spółki Wodpol, w którym wskazuje ona zakres prac, które wykona: roboty ogólnobudowlane, roboty wykończeniowe i instalacyjne. Zakres robót wskazanych w zobowiązaniu wskazuje, iż nie są to roboty obejmujące pełną budowę szpitala. Nawet więc gdyby kontrfaktycznie przyjąć, że spółka Wodpol posiada wymagane doświadczenie w budowie szpitala, to nie zobowiązała się do przekazania zasobów niezbędnych do wykonania tej budowy. Zakres udostępnienia jest enigmatyczny – powołano roboty ogólnobudowlane, co jest pojęciem niedoprecyzowanym, roboty wykończeniowe oraz instalacyjne. Nie wiadomo jednak, jaka jest skala prac zleconych do wykonania, na ile są to prace związane z specyfiką wykonywania szpitala (którego budynek wchodzi w

całości w zakres zamówienia), w jaki sposób zasoby Wodpol zostaną wykorzystane przy wykonaniu prac specjalistycznych. Zobowiązanie ma charakter ogólny, a przez to również niepozwalający na ocenę, na ile zasoby faktycznie wymagane będą zaangażowane w realizację tak trudnego i specjalistycznego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że posłużenie się zdolnościami innych podmiotów przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W przeciwnym razie powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego miałoby jedynie „papierkowy" charakter, tj. służyłoby tylko formalnemu wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego zaangażowania udostępnionego potencjału na etapie realizacji zamówienia. W opisywanym przypadku po pierwsze podmiot udostępniający nie posiada wymaganego doświadczenia, po drugie zakres udostępnienia posiadanego doświadczenia jest określony ogólnie, co wskazuje na jego pozorność. Odwołujący reasumując wskazał:

- Spółka Wodpol nie posiada doświadczenia w pełnej budowie szpitala w Żywcu, a zatem nie jest spełniony warunek udziału w postępowaniu,
- Spółka Wodpol nie może skutecznie udostępnić swoich zasobów, a następnie nie może realizować zamówienia w zakresie szerszym niż wynika to z jej doświadczenia i zobowiązania do udostępnienia zasobów,
- nawet gdyby kontrfaktycznie przyjąć, że Wodpol posiada wymagane doświadczenie, to przedstawione zobowiązanie do udostępnienia zasobów w żaden sposób nie potwierdza, ze spółka ta będzie wykonywała prace niezbędne do wykonaniu budynku szpitala (zgodnie z warunkiem).

Zasoby posiadane przez Spółkę Wodpol, zdaniem odwołującego, są zatem niewystarczające do realizacji umowy, stąd też zachodzi konieczność odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie jest niedopuszczalne bowiem materializują się przesłanki związane z koniecznością wykluczenia Wykonawcy Mirbud z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W następnej kolejności odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutu nr 7 czyli, odrzucenie oferty wykonawcy Mirbud ze względu na zajście przesłanek wykluczenia wykonawcy. Wskazał, iż zamawiający w Rozdziale 11 SWZ przewidział zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1) do 8) i pkt 10) ustawy Pzp. Zarówno Wykonawca Mirbud, jak i Spółka Wodpol złożyli oświadczenia, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisów. Tymczasem Wykonawca Mirbud powołując się na zasoby Spółki Wodpol w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału dotyczących doświadczenia w budowie szpitala oraz Spółka Wodpol składając oświadczenie o udostępnieniu zasobów i oświadczenie o spełnieniu warunku, wprowadzili zamawiającego w błąd. Wykonawca oświadczył bowiem, iż przedmiotem umowy była budowa obiektu szpitalnego w Żywcu, podczas gdy budowa ta w całości nie była realizowana przez Spółkę Wodpol, co zostało wykazane powyżej. Na poparcie swoje argumentacji przywołał wyrokiem KIO z 20.02.2023 r., sygn. akt KIO 261/23.

Wykonawca Mirbud składając wykaz robót budowlanych, referencję dotyczącą budowy szpitala w Żywcu oraz zobowiązanie Spółki Wodpol do udostępnienia zasobów, wprowadził zamawiającego w błąd, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca przedstawił informacje, które są obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a które mają znaczenie dla danego postępowania. Nie można bowiem uznać, iż budowa szpitala w Żywcu została w całości wykonana przez Spółkę Wodpol. Wykonawca też przejął budowę w momencie, gdy budynek szpitala był już wybudowany i konieczne było wykonanie stolarki okiennej, prac związanych z dachem oraz wykończenia. Na skutek wprowadzenia w błąd oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą.

Odnośnie zarzut nr 8, czyli zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud z uwagi na rażąco niską cenę części składowych i zarzutu ewentualnego tj. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień to w ocenie odwołującego części składowe wyceny wskazane w ofercie Wykonawcy Mirbud w sposób bezsporny i nie budzący wątpliwości wskazują, iż ceny te noszą znamiona ceny rażąco niskiej. Dotyczy to poz. nr 25, 26, 27 – Opcja nr 1 Formularza cenowego. Zsumowana wartość tych pozycji jednoznacznie wskazuje, że wycena wyrobów medycznych, pozostałego wyposażenia medycznego i sprzętu medycznego, jak również wyposażenie niemedycznego i sprzętu niemedycznego, jest znacznie zaniżona w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowane ceny części składowych są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Odwołujący na dowód swoich twierdzeń przedstawił zestawienie cen poz. 25, 26, 27 Opcji nr 1 Formularza cenowego, zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców. Z zestawienia wynika wprost, iż ceny składowe Wykonawcy Mirbud są znacznie niższe niż ceny pozostałych wykonawców, co jest miarodajne do stwierdzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Ceny poszczególnych wykonawców z wyjątkiem Wykonawcy Mirbud są bowiem cenami zbliżonymi do siebie, nie

zawierającymi znacznych odstępstw, a nadto są cenami rynkowymi.

W ocenie odwołującego poz. nr 25, 26, 27 Opcji nr 1 Formularza cenowego, stanowią istotne elementy składające się na przedmiot zamówienia, a zatem ich wycena stanowi istotną część składową oferowanej ceny z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, mając na uwadze, iż przedmiotem zamówienia jest nie tylko budowa, ale i wyposażenie szpitala, niewątpliwie materiały i sprzęt wyszczególnione w Opcji nr 1 Formularza ofertowego (poz. 25, 26, 27) stanowią istotne elementy składowe zamówienia. Skoro tak, to kluczowy dla ich oceny winien być sposób wyceny przez Wykonawcę. Tymczasem Wykonawca Mirbud zaniżył ceny ww. elementów w sposób, który jednoznacznie wskazuje, iż zaoferowane przez niego ceny jednostkowe w powyższym zakresie noszą znamiona ceny rażąco niskiej.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, iż w przypadku nie podzielenia przez skład orzekający zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Mirbud do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do istotnych elementów części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny (zarzut ewentualny).

Odwołujący podsumował, iż wykonawca Mirbud nie skalkulował ceny w sposób prawidłowy, zaś części składowe ceny noszą znamiona ceny rażąco niskiej. Dlatego też zasadne jest zatem skierowanie do Wykonawcy Mirbud wniosku o wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Dla uzasadnienia zarzutu nr 10 dotyczącego zaniechanie odrzucenia z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, iż Wykonawca Mirbud celowo zniżył ceny za materiały niezbędne do realizacji zamówienia wyłączenie w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Jak wskazano powyżej ceny zostały zaniżone w stosunku do cen dostępnych na rynku i oferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. W tym aspekcie zaniżenie ceny uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.1993 Nr 47 poz.211) (zwana dalej: „ZNKU").

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 ZNKU przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Odwołujący następnie podkreślił, iż w literaturze przedmiotu wskazuje się, iż jako czyn nieuczciwej konkurencji praktykę manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. "Optymalizacja" ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy.

W ocenie odwołującego, Wykonawca Mirbud zaniżył ceny jednostkowe, o których mowa w Formularzu cenowym Opcja nr 1 poz. 25, 26 i 27 w sposób nieuprawniony, co z kolei wskazuje, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Mirbud zaoferował ceny w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Zaniżenie cen do poziomu wskazanego przez Wykonawcę Mirbud, jest nierealne w warunkach rynkowych i gospodarczych obecnie występujących. Pomimo takiego ukształtowania elementów składowych ceny, zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny, a nadto złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu nr 11 i 12 odwołujący wskazał, iż powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp bowiem zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dokonał wyboru oferty Wykonawcy Mirbud, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Sygn. akt: KIO 1509/24

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawca PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie(dalej zwany również: „odwołującym 2"lub PORR), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez

zamawiającego polegających na:

1. odrzucenie oferty odwołującego 2 (dalej: „oferta PORR") pomimo, że oferta jest: (i) zgodna z warunkami zamówienia oraz (ii) nie zawiera błędu w obliczeniu ceny (tj. Wykonawca zastosował prawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych");
2. zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD S.A. (dalej: „oferta MIRBUD") pomimo, że oferta MIRBUD: (i) jest niezgodn z warunkami zamówienia, (ii) zawiera błąd w obliczeniu ceny (tj. Wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych" oraz wycenił Opcje nr 2 - nr 8 na jednakowym poziomie), a także (iii) Wykonawca w rażący sposób zaniżył wartość istotnej części składowej zamówienia, tj. poz. 25 Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych (Opcja nr 1);
3. zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX (dalej: „oferta BUDIMEX") pomimo, że oferta BUDIMEX: (i) jest niezgodn z warunkami zamówienia oraz (ii) zawiera błąd w obliczeniu ceny (tj. Wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych" oraz przekroczył limit wartości Opcji 4 w sposób uniemożliwiający poprawę w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp);
4. nieprawidłową ocenę wyjaśnień BUDIMEX z dnia 19.03.2024r. oraz wyjaśnień MIRBUD z dnia 19.03.2024r pomimo, że w sposób jednoznaczny wynika z nich, iż ww. Wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych");

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący 2 zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty PORR pomimo, że oferta: (i) jest zgodna z warunkami zamówienia oraz (ii) nie zawiera błędu w obliczeniu ceny (tj. Wykonawca zastosował prawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych);
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX oraz oferty MIRBUD pomimo, że oferty: (i) są niezgodne z warunkami zamówienia oraz (ii) zawierają błąd w obliczeniu ceny, tj. (i) Wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych" (8%), (ii) w ofercie BUDMIEX występuje przekroczenie limitu wartości Opcji 4, które nie kwalifikuje się do poprawienia jako inna omyłka w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz (iii) w ofercie MIRBUD w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny Opcji nr 2 - nr 8 na jednakowym poziomie;
3. art. 239 ust. 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty MIRBUD jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta: (i) jest niezgodna z warunkami zamówienia (w ofercie MIRBUD w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny Opcji nr 2- nr 8 w jednakowych kwotach), (ii) zawiera błąd w obliczeniu ceny (Wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych") oraz (iii) zawiera rażąco niską wycenę poz. 25 Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych (Opcja nr 1);
4. naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień MIRBUD dotyczących sposobu kalkulacji poz. 25 dla Opcji nr 1 - Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych pomimo, że cena tej pozycji jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmioty zamówienia i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu zamówienia za cenę wskazaną przez MIRBUD (dostawa urządzeń i sprzętu medycznego);
5. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD pomimo, że w ofercie MIRBUD cena poz. 25 dla Opcji nr 1 – „Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych" jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmioty zamówienia i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu zamówienia za cenę wskazaną przez MIRBUD (dostawa urządzeń i sprzętu medycznego);
6. naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez istotną zmianę treści oferty BUDIMEX wskutek poprawienia w trybie innej omyłki błędu polegającego na przekroczeniu limitu wartości Opcji nr 4 i przeniesienie kwoty w wysokości prawie 5 mln zł stanowiącej nadwyżkę ponad limit do zakresu podstawowego;
7. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień BUDIMEX z dnia 19.03.2024r. oraz wyjaśnień MIRBUD z dnia 19.03.2024r. pomimo, że w sposób jednoznaczny wynika z nich, że ww. Wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych";
8. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień MIRBUD i BUDIMEX w trybie art 223 ust. 1 Pzp w celu weryfikacji zgodności ofert z warunkami zamówienia oraz sposobu kalkulacji cen pomimo, że (i) w ofercie MIRBUD w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny w jednakowych kwotach Opcji nr 2 - nr 8 oraz cena istotnej części składowej zamówienia jest rażąco niska (poz. 25 Wyroby medyczne według wskazań Ustawy o wyrobach medycznych) oraz (ii) w ofercie BUDIMEX występuje przekroczenie limitu wartości Opcji 4, które nie kwalifikuje się do poprawienia jako inna omyłka w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym, odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie

zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego 2, unieważnienia wyboru oferty MIRBUD jako oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnego badania i oceny ofert odrzucenia oferty BUDIMEX oraz oferty MIRBUD wybór oferty odwołującego 2 jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o wezwania BUDIMEX oraz MIRBUD do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu weryfikacji zgodności ofert z warunkami zamówienia oraz sposobu kalkulacji ceny.

Odwołujący 2 wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego 2 mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś oferta wykonawcy Mirbud powinna podlegać odrzuceniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący 2 poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Odwołujący ponadto wskazał, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp (błąd w obliczeniu ceny). Zamawiający na podstawie ww. przepisu odrzucił również dwie inne oferty. W konsekwencji zamawiający sklasyfikował w rankingu ofert tylko dwie oferty, tj. ofertę Mirbud i ofertę Budimex pomimo, że ww. oferty podlegają odrzuceniu. Wskutek zatem działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący 2 może ponieść szkodę w postaci braku możliwości pozyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę odwołującego 2, a jednocześnie z naruszeniem podstawowych zasad i przepisów Pzp wybrał ofertę Mirbud jako ofertę najkorzystniejszą i sklasyfikował ofertę Budimex w rankingu ofert. Zaakceptowanie przez zamawiającego ofert sporządzonych nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SWZ oraz zaniechanie wypełnienia obowiązków w zakresie badania i oceny ofert nałożonych na zamawiającego przez przepisy Pzp, stanowi wyraz nierównego traktowania wykonawców i stawia w gorszej pozycji wykonawców, którzy sporządzili oferty zgodnie z wymaganiami SWZ. Wskazane działania i zaniechania zamawiającego zagrażają interesom odwołującego 2, który prawidłowo i zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego skalkulował cenę ofertową. W przypadku zatem ponownej i prawidłowej weryfikacji ofert przez zamawiającego, tj. zgodnie z zasadami ustalonymi w SWZ i przepisach Pzp, odwołujący 2 ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołujący 2 na wstępie swojego uzasadnienia przedstawił stan faktyczny, jak również sposób obliczania ceny oferty wskazany w SWZ przez zamawiającego.

Następnie odwołujący 2 odniósł się do sposób wypełnienia formularza cenowego przez Budimex i wskazał, iż wykonawca ten w formularzu cenowym (Załącznik nr 6) w odniesieniu do Opcji nr 1 wskazał kwotę w wysokości 12.822.800,00 zł, która znacznie przewyższa 1% całego zadania. Zamawiający zgodnie z zastrzeżeniem zamieszczonym w formularzu cenowym (Załącznik nr 6) obniżył w ofercie Budimex kwotę Opcji nr 4 do maksymalnej dopuszczalnej wartości tej opcji, a nadwyżkę dodał do pozycji „Budynek szpitala" w zakresie części podstawowej (tj. kwotę 4.929.220,00 zł netto). W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy takie działanie zamawiającego było nieuprawnione. Wskazana niezgodność nie mieści się bowiem w definicji „innej omyłki", o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Zmiana w istotny sposób zmodyfikowała przy tym treść oferty Budimex, tj. treść oświadczenia woli Budimex. Zakres podstawowy stanowi gwarantowaną część zamówienia. Natomiast zlecenie Opcji (w całości lub w części) jest dyskrecjonalną decyzją zmawiającego uzależnioną przede wszystkim od wielkości środków pozyskanych na realizację inwestycji. Cena oferty Budimex za wykonanie części podstawowej (420.227.040,00 zł brutto) znacznie przekracza budżet zmawiającego na realizację tej części (350.587.026,08 zł brutto), tj. prawie o 70.000.000,00 zł brutto. Trudno zatem racjonalne założyć, że w przypadku wyboru oferty Budimex nastąpi uruchomienie jakiejkolwiek opcji.

W konsekwencji przeniesienie kwoty w wysokości 4.929.220,00 zł do zakresu podstawowego, odwołujący 2 wskazał, iż sztucznie zawyża wartość tych robót. Jeżeli zatem Opcja nr 4 nie zostanie uruchomiona zamawiający, wskutek przeniesienia kwoty w wysokości ponad 4 mln złotych do części podstawowej (gwarantowanej), wydatkuje publiczne środki na roboty/prace, które w rzeczywistości nie będą realizowane. Jednocześnie, jak podkreślił odwołujący 2, zmiana dokonana przez zamawiającego spowodowała zmianę punktacji w ramach kryterium ceny (zakres obejmujący wyłącznie wszystkie opcje zadania) ustalonego w pkt 21 SWZ. Po modyfikacji, cena Opcji nr 4 w ofercie Budimex wynosi bowiem 7.893.580,00 zł. Natomiast cena za wykonanie Opcji nr 4 w ofercie Mirbud - 8.884.007,10 zł. W konsekwencji obniżenie ceny Opcji nr 4 w ofercie Budimex do ustalonego limitu (1% całego zadania) spowodowało, że Budimex otrzymał w tym kryterium oceny ofert maksymalną liczbę punktów (40 punktów), a Mirbud - 39,97 punktów.

Odwołujący podkreślił, iż powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny potwierdzają, że oferta Budimex jest niezgodna warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny nie podlegający walidacji w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność treści oferty Budimex z warunkami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Oferta nie odpowiada bowiem opisanemu przedmiotowi zamówienia co do zakresu (Opcja nr 4/zakres podstawowy) oraz warunków realizacji istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a także zasadom konstruowania ceny ofertowej ustalonymi w dokumentach postępowania. Powyższe uchybienie nie podlega

zatem sanacji w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Na podstawie ww. przepisu zamawiający poprawia bowiem w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (np. SWZ), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający może zatem poprawić inną omyłkę, gdy z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.

W niniejszy przypadku przesunięcie ponad 4 mln zł do zakresu podstawowego powoduje istotną zmianę treści oferty. Przyznaje bowiem Budimex prawo do otrzymania ww. kwoty nawet w sytuacji, gdy nie zostanie uruchomiona Opcja nr 4. Zamawiający ustalił bowiem ryczałtową formę wynagrodzenia (§ 7 projektu umowy). Ponadto wybrany wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, zgodnego z formularzem cenowym i harmonogramem terminowo -rzeczowo -finansowym. Szczegółowy kosztorys ofertowy ma obejmować pełen zakres zadania z podziałem na część podstawową i poszczególne opcje (pkt 22 ppkt 10) SWZ). Kwota przeniesiona do zakresu podstawowego zostanie zatem rozbita w ramach pozycji kosztorysu ofertowego dotyczących zakresu podstawowego (gwarantowanego). Przesunięcie kwot ma charakter stały.

Odwołujący dalej argumentował, iż jest to przy tym przesunięcie kwot pomiędzy dwoma odrębnymi zakresami zamówienia, które były kalkulowane rozłącznie oraz możliwa jest ich rozłączna realizacja. W sytuacji zatem gdy nie zostanie uruchomiona Opcja nr 4 zmiana nie ograniczy się modyfikacji terminu rozliczenia przeniesionej kwoty. Powoduje ona wprowadzenie na trwałe do zakresu podstawowego istotnej pozycji kosztowej, tj. kwoty za wykonanie zakresu robót nie objętego zamówieniem podstawowym. Powyższa korekta w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp byłaby uzasadniona i możliwa w przypadku niewielkiego przekroczenia limitu narzuconego przez Zamawiającego. Taka zamian byłaby zgodna z celem wprowadzenia ww. przepisu, którym jest zapobieganie odrzucaniu ofert z powodu niewielkich czy błahych omyłek. Natomiast niegodność występująca w ofercie Budimex nie mieści się w pojęciu „omyłki". Zamawiający przenosząc zatem ww. kwotę do zakresu podstawowego przekroczył granice poprawy omyłek wyznaczone w art. 223 ust. 1 Pzp i zakreślone przez siebie (poprzez odniesienie do ww. przepisu) w formularzu cenowym.

Odwołujący podkreślił, iż warunkiem *sine qua non* dokonania korekty oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp jest, aby inna omyłka została popełniona przez wykonawcę w sposób niecelowy czy z powodu niedochowania należytej staranności przy wypełnianiu formularza. Poprawiana omyłka nie może zatem wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający skonstruował formularz cenowy (Załącznik nr 6) w sposób umożliwiający jednoznaczną i natychmiastową identyfikację przekroczenia limitów poszczególnych Opcji. W pkt 6 tegoż Formularza cenowego zamawiający wskazał wprost, że sformułowanie „FAŁSZ"/"PRAWDA" znajdujące się poza obszarem wydruku tego formularza ma na celu wskazanie wykonawcy, czy podane przez niego kwoty dla poszczególnych opcji nie przekraczają wskazanych przez zamawiającego dopuszczalnych maksymalnych procentowych wartości całego zadania. W związku z tym w warunkach niniejszego postępowania przekroczenie limitu Opcji nr 4 w ofercie Budimex o prawie 5 mln złotych nie można zakwalifikować jako niezamierzonego czy omyłkowego działania.

Zdaniem odwołującego 2, zamawiający był uprawiony do dookreślenia w treści dokumentów przetargowych okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Obecnie zatem zamawiający dokonując opisanych korekt nie może przekraczać ustalonych przez siebie zasad. Zamawiający stosując zasadę równego traktowania wykonawców powinien więc odrzucić ofertę Budimex na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 10 Pzp. Wskazana niezgodność z warunkami zamówienia dotyczy części merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia, ma charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, który nie może zostać konwalidowany na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Decyzja zamawiającego o poprawieniu omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest zatem nieprawidłowa. Zamawiający za pomocą tej czynności zmodyfikował w sposób istotny treść oferty Budimex. Budimex składając ofertę w takiej formie miał przy tym pełną świadomość skalkulowania jej części składowej niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, tj. przekroczenia ustalonego limitu Opcji nr 4 o znaczną kwotę, tj. o prawie połowę dopuszczalnej kwoty.

Zamawiający wymagał od wykonawców dostosowania sposobu realizacji inwestycji oraz rozliczania wynagrodzenia wykonawcy do konkretnych limitów. Zaproponowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi wymaganiami, przesądza zatem o niezgodności oferty Budimex z warunkami zamówienia. Dlatego też zdaniem odwołującego 2, oferta Budimex podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Skoro bowiem ww. wykonawca zdecydował się na odstępstwo od schematu realizacji zamówienia i rozliczenia jego wartości ustalonego przez zamawiającego, uczynił to na własne ryzyko i na własną odpowiedzialność. Zamawiający wyraźnie bowiem zastrzegł obowiązek rozliczenia wynagrodzenia w ramach limitów. Brak jest bowiem usprawiedliwienia do przenoszenia kosztów zamówienia opcjonalnego w tak istotnym zakresie w koszty zamówienia podstawowego, czyli gwarantowanego

przez zamawiającego, zawierającego przesłanki do potencjalnych roszczeń odszkodowawczych w stosunku do zamawiającego jako świadczenia gwarantowanego przez zamawiającego.
W dalszej części uzasadnienia odwołujący 2 skupił się na zarzutach dotyczących sposobu wypełnienia formularza cenowego przez Mirbud. Wskazał, iż wykonawca ten w formularzu cenowym (Załącznik nr 6) wycenił Opcje nr 2 - nr 8 na jednakowym poziome, tj. każda z tych Opcji w ofercie Wykonawcy kosztuje 8.884.007,11 zł brutto. Powyższy sposób wyceny Opcji nr 2 - nr 8 nie skłonił jednak zamawiającego do podjęcia jakichkolwiek dodatkowych działań w celu weryfikacji zgodności oferty Mirbud z warunkami zamówienia i prawidłowości kalkulacji ceny w ramach tych Opcji, czego konsekwencją był wybór przez zamawiającego oferty MIRBUD jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w Załączniku nr 15 „Opis podziału zadania na część podstawową i na część objętą prawem opcji" szczegółowo opisał zakres rzeczowy części podstawowej zadania i poszczególnych Opcji nr 1-8. Konsekwencją tego podziału jest konstrukcja formularza ofertowego (Załącznik nr 1) i formularza cenowego (Załącznik nr 6), w których należało rozłącznie podać ceny za wykonanie poszczególnych zakresów zamówienia. Co więcej w ramach poszczególnych pozycji formularza cenowego (Załącznik nr 6) dokonano dalszego rozbicia ww. zakresów. Z uwagi na powyższe nie było możliwe skalkulowanie ceny poszczególnych Opcji na jednakowym poziomie. Różny jest bowiem zakres i wartość robót oraz dostaw przewidzianych do wykonania w ramach tych opcji.
Sposób kalkulacji kwot podanych w ofercie Mirbud za wykonanie Opcji nr 2 - nr 8, jak wskazał odwołujący 2, tylko formalnie odpowiada zatem zasadom kalkulacji ceny ofertowej ustalonym przez zamawiającego. Żadna z tych kwot nie przekracza bowiem ustalonego limitu, tj. 1% całego zadania. Jednak zachowanie ww. limitów nie świadczy o tym, że oferta Mirbud jest zgodna z postanowieniami SWZ. W celu sprostania ww. wymaganiu w ofercie Mirbud w sztuczny sposób zniżono wartości jednych Opcji i podwyższono wartości innych Opcji w celu „zmieszczenia" się w limicie cenowym. Należy bowiem wskazać, że przekroczenie limitów opcji było wprost sygnalizowane w formularzu cenowym za pomocą sformułowań „FAŁSZ"/"PRAWDA" znajdujących się poza obszarem wydruku tego formularza. Odwołujący podkreślił, że jedynie Mirbud w swojej ofercie dokonał kalkulacji Opcji nr 2 – nr 8 ww. sposób. W ofertach innych wykonawców ceny poszczególnych opcji są zróżnicowane. Dlatego też oferta MIRBUD jest niezgodna warunkami zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że niezgodność treści oferty Mirbud z warunkami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Oferta nie odpowiada bowiem opisanemu w postanowieniach SWZ przedmiotowi zamówienia (zakres robót i dostaw w ramach poszczególnych Opcji). Ponadto z uwagi na dyskrecjonalną możliwość uruchomienia przez zamawiającego poszczególnych opcji (lub ich części), istnieje duże prawdopodobieństwo, że w przypadku zlecenia wykonania Opcji wycenionych ponad ich wartość, Mirbud otrzyma zapłatę za roboty i dostawy w rzeczywistości niewykonane.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W niniejszym przypadku niezgodność oferty Mirbud z warunkami zamówienia polega na nieprawidłowej, oderwanej od opisu przedmiotu zamówienia - wycenie Opcji nr 2 - nr 4. Wycena tych Opcji nie odpowiada bowiem przedmiotowi zamówienia opisanemu w postanowieniach SWZ (tj. zakresowi robót i dostaw w ramach poszczególnych Opcji). Prawidłowy sposób wyceny rozłącznych części zamówienia (w tym poszczególnych Opcji, których zlecenie zależy od swobodnej decyzji zamawiającego) ma kluczowe znaczenie z uwagi na odrębny sposób rozliczania tych części.

W niniejszym postępowaniu zamawiający narzucił sposób podziału ceny warunkowany wysokością środków pozyskanych na realizację zamówienia – zakres podstawowy i Opcje. W związku z tym wykonawcy byli zobligowania do dostosowania sposobu wyceny do tak ukształtowanych warunków zamówienia. Przyjęcie zasad rozliczenia wynagrodzenia pomijających całkowicie te wymagania stanowi o niezgodności treści oferty warunkami zamówienia. Każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest bowiem elementem treści merytorycznej oferty. W tych okolicznościach zamawiający był zobowiązany do weryfikacji treści oferty Mirbud. Zamawiający nie podjął jednak żadnych działań w celu wyjaśnienia tej wątpliwości. W dokumentach postępowania nie ma jakiegokolwiek wezwania skierowanego do Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w odniesieniu do tego uchybienia, tj. wyceny Opcji nr 2-nr 8 w jednakowych kwotach. Wskazana niezgodność z warunkami zamówienia ma charakter nieusuwalny, ponieważ dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że opis robót i dostaw podlegających wykonaniu w ramach poszczególnych części zamówienia jest precyzyjny i jednoznaczny oraz został wyartykułowany w dokumentach postępowania (w szczególności w Załączniku nr 15). Dlatego też jak odwołujący 2 podkreślił, obowiązkiem zamawiającego w niniejszej sytuacji było odrzucenie oferty Mirbud na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 5 Pzp, czego zamawiający zaniechał. Niezgodność oferty Mirbud z warunkami zamówienia nie dotyczy bowiem formalnych aspektów oferty, ale jej warstwy merytorycznej, tj. wyceny poszczególnych Opcji niezgodnie z ich opisem zwartym w opisie przedmiotu zamówienia. Mirbud zapewne w dowolny sposób przerzucił pomiędzy opcjami koszty ich wykonania celu utrzymania 1% limitów.

Zamawiający w dokumentach postępowania zastrzegł możliwość skorzystania z prawa opcji w dowolnym zakresie, tj. z wszystkich opcji, z niektórych opcji lub z poszczególnych części opcji w dowolnej konfiguracji. Z uwagi na to zamawiający nie powinien akceptować przerzucania kosztów pomiędzy opcjami. Zgadzając się na takie kreowanie ceny ofertowej zamawiający zobowiązuje się bowiem do zapłaty za świadczenie, którego nie otrzymał, w przypadku nie skorzystania z zamówień opcyjnych w pełnym zakresie. Odwołujący podkreślił, iż oferta Mirbud zawiera zatem błąd w obliczeniu ceny. Została bowiem skalkulowana w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami zamawiającego dotyczącymi opisu sposobu obliczania ceny oferty (podział na zakres podstawowy i Opcje, w tym na podpozycje). Z tych względów oferta Mirbud powinna zostać odrzucona. W takim przypadku powinnością zamawiającego było co najmniej zwrócenie się do ww. Wykonawcy z prośbą o przedstawienie wyjaśnień szczegółowych albo odrzucenie oferty, z uwagi na jej oczywistą niezgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający nie wykonał takiej czynności i w konsekwencji wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Mirbud obarczaną powyższymi błędami.

Odwołujący następnie skupił swą argumentację, na odrzuceniu oferty PORR i wskazał, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym zamawiający odrzucił jego ofertę z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT w formularzu cenowym (Załącznik nr 6) w pozycji 20 „Instalacja gazów medycznych" w Opcji nr 1. Działanie zamawiającego jest nieuprawnione, ponieważ odwołujący 2 przygotował kalkulację ofertową w oparciu o postanowienia SWZ wraz z załącznikami (w tym Załącznikiem nr 1 – formularz ofertowy oraz Załącznikiem nr 6 – formularz cenowy). W szczególności odwołujący 2 zastosował i podał w formularzu ofertowym stawki podatku od towarów i usług (VAT) właściwe dla przedmiotu zamówienia zgodnie ze stanem obowiązującymi na dzień składania ofert, tj. stawki w wysokości 8% i 23%.

Przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala miejskiego w Gliwicach. Postępowanie zostało podzielone na część podstawową oraz na część objętą prawem opcji. Odwołujący zastosował do części zamówienia stanowiącej roboty budowlane podstawową stawkę VAT 23% na podstawie art. 41 ust 1 w zw. z art. 146ef ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U.2024.361 ze zm., dalej jako:„ ustawa o VAT"), w tym również do prac związanych z instalacją gazów medycznych. Natomiast do części zamówienia obejmującego dostawę wyrobów medycznych przyjęto stawkę VAT 8% na podstawie art. 41 ust 2 w zw. z art. 146ef ust.1 pkt 2 oraz poz.13 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Z uwagi na charakter niniejszego zamówienia oraz sposób jego realizacji ustalony przez zamawiającego w dokumentach postępowania oraz prawne uwarunkowania stosowania preferencyjnej stawki VAT (8%) w odniesieniu do pozycji 20 „Instalacja gazów medycznych" w Opcji 1 należało zastosować stawkę podstawową VAT 23%.

Odwołujący podkreślił, iż zmawiający zastrzegł bowiem możliwość skorzystania z prawa opcji w niepełnym zakresie (§ 15 ust. 3 wzoru umowy). Zgodnie z § 15 ust. 5 wzoru umowy, zamawiający może uruchomić: jedną opcję lub jej część, kilka opcji (bez względu na to czy poszczególne opcje będą uruchamiane w całości czy w części) lub wszystkie opcje. Oznacza to, to według odwołującego 2, że zamawiający może zlecić wykonanie Opcji nr 1 w części. Jednocześnie w Uwagach do Opcji 1 zawartych w Załączniku nr 15 (str. 13) zamawiający doprecyzował sposób częściowego skorzystania z Opcji nr 1. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odrębnego uruchomienia poszczególnych części opcjonalne, przy czym za część uważa się:

- wykończenie docelowe jednego lub kilku działów lub oddziałów,
- pojedynczą jednostkę wyposażenia.

Zamawiający, zdaniem odwołującego 2, w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, pomija część ww. zapisu, tj. możliwość zlecenia w ramach Opcji nr 1 pojedynczej jednostki wyposażenia. Odwołujący 2 następnie przytoczył, iż zamawiający wskazał bowiem w ww. uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, że :

W świetle przytoczonych powyżej zapisów Załącznika nr 15, wbrew twierdzeniom zamawiającego, uruchomienie Opcji 1 w części w odniesieniu do instalacji gazów medycznych nie zawsze będzie równoznaczne ze zleceniem wykonania wyrobu medycznego podlegającego certyfikacji. W ramach zakresu podstawowego oraz Opcji nr 1 (zgodnie z dokumentacja postępowania) występują elementy, które dopiero w przypadku łącznego wykonania ich wszystkich mogą uzyskać status certyfikowanego wyrobu medycznego. Jedynie w odniesieniu do takich wyrobów medycznych możliwe jest zastosowanie preferencyjnej stawki VAT 8%. W świetle obowiązujących przepisów prawa, nowe instalacje niepalnych gazów medycznych uzyskują status wyrobów medycznych klasy IIB jako całość dopiero po zakończeniu procesu certyfikacji. Status wyrobu medycznego instalacja gazów medycznych może zatem uzyskać po wykonaniu robót budowlanych na etapie uzyskiwania decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu, tj. w procesie odbioru obiektu przez odpowiednie służby. Po wykonaniu certyfikacji instalacji gazów przez uprawnionego wytwórcę wyrobu medycznego można dokonać zgłoszenia jej jako wyrobu medycznego do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produkcji Biobójczych.

Natomiast zamawiający zastrzegł możliwość częściowego zlecenia wszystkich Opcji, w tym dodatkowo w przypadku Opcji nr 1 wskazał na możliwość zlecenia nawet pojedynczych jednostek wyposażenia. Zamawiający

niezgodnie z literalnym brzmieniem dokumentów postępowania (Załącznik nr 15) wskazuje zatem, że wykonawca w każdym przypadku zlecania prac dot. instalacji gazów medycznych ma pewność, iż zlecony zostanie pełny zakres prac, tj. od źródeł gazów medycznych do punktów poboru gazów medycznych (tj. wykonania wyrobu medycznego) w sposób umożliwiający dokonanie certyfikacji chociaż części instalacji do późniejszej rozbudowy.

Twierdzenie to według odwołującego 2, nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentach postępowania. W pkt 6 Załącznika nr 15 jako odrębne pozycje wymieniono bowiem: punkty poboru gazów medycznych, sygnalizację alarmową stanu gazów medycznych i próżni czy źródła gazów medycznych. Zmawiający zgodnie zastrzeżeniem zawartym w „Uwadze" do Opcji nr 1 (str. 13 Załącznika nr 15) może zatem ograniczyć zamówienie do dowolnie wybranych elementów wyposażenia, tj. zlecić tylko wybrane jednostki zaopatrzenia medycznego (np. zlecić wykonanie tylko punktów poboru gazów medycznych bez instalacji zasilającej czy źródeł). Natomiast zamawiający opiera swoją argumentację na wybiórczo prezentowanych zapisach Załącznika nr 15 i wykreowanym na tej podstawie podziale Opcji nr 1 (np. jeden oddział). Ponadto zamawiający całkowicie pomija, że wykonanie instalacji niepalnych gazów medycznych wymaga wykonania nie tylko prac wymienionych w Opcji nr 1 (np. jednostki zaopatrzenia medycznego z punktami poboru), ale również w zakresie sieci zewnętrznych i źródeł gazów w budynku technicznym

Zamawiający zatem, wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego 2, może zlecić wykonanie instalacji gazów medycznych w ramach Opcji nr 1, w zakresie który uniemożliwi certyfikację na tym etapie. W konsekwencji z uwagi na sposób opisu (podział) elementów składowych instalacji gazów medycznych w Załączniku nr 15 oraz zasady uruchamiania Opcji nr 1 przewidziane w dokumentach postępowania (projekt umowy i Załącznik nr 15), tj. w różnych Opcjach i nawet pojedynczych ich pozycjach, brak było podstaw do przyjęcia założenia, że intencją zamawiającego jest zlecenie wykonania ww. instalacji jako wyrobu medycznego klasy IIB i zastosowania prewencyjnej stawki VAT.

Z uwagi na powyższe okoliczności, odwołujący 2 zastosował stawkę podstawową tj 23% VAT. W przypadku niniejszego zamówienia realizacja instalacji gazów medycznych może zostać ograniczona do dowolnie wybranego przez zamawiającego zakresu tych robót. W związku z tym na etapie składania oferty wykonawca nie miał pewności co do możliwości wykonania przedmiotowej instalacji w całości, a w konsekwencji zakwalifikowania robót budowlanych ujętych ww. pozycjami formularza ofertowego jako związanych z dostawą wyrobu medycznego klasy IIB i zastosowania preferencyjnej stawki VAT (8 %).

Ponadto wykonawca wskazuje, że w ramach niniejszej inwestycji planowane jest wykonanie nowej instalacji gazów medycznych. Nie jest to rozbudowa czy modernizacja istniejącego wyrobu medycznego (instalacji) podzielona na etapy, gdzie certyfikacja etapami jest zazwyczaj wykonalna zgodnie z normą. W ramach projektu powstanie nowy wyrób medyczny klasy IIB. W celu wytworzenia tego jednego wyrobu medycznego konieczne jest wykonanie go całości w taki sposób, aby możliwe było dokonanie czynności, o których mowa w dziale nr 12. Badania i odbiór końcowy normy EN ISO 7396-1:2016 Część 1: Systemy rurociągowe do sprężonych gazów medycznych i próżni. Norma EN ISO 7396 jednoznacznie określa wymagany zakres badań, np. w pkt. 12.6.5.3 „Identyfikacja" nałożono obowiązek sprawdzenia wszystkich punktów poboru pod kątem poprawnej identyfikacji i etykietowania. Niemożliwe jest spełnienie tego warunku w sytuacji, gdy zamawiający nie zleci wykonania punktów poboru. Ponadto nawet w przypadku zlecenia ich dostaw i zainstalowania podmiotowi trzeciemu w ramach dostaw inwestorskich, wykonawca w dacie składania oferty nie miał wiedzy czy i kiedy zamawiający zdecyduje się na taki zakup, tj. przed terminem przeprowadzenia przedmiotowego badania certyfikującego zgodnie z normą.

Odwołujący podkreślił, iż analogiczna sytuacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający zleci wykonawcy wykonanie wyłącznie źródeł i rurociągów tranzytowych do budynku. W takim przypadku nie będą występowały punkty poboru, pośrednie węzły oraz strefowe zespoły zaworo-kontrolne. Nie będzie zatem możliwe wykonanie próby, o której mowa w pkt. 12.6.6 „Badania lub sprawdzenia wydajności systemu" weryfikującej, czy system dostarcza gaz o wymaganym przepływie obliczeniowym pod nominalnym ciśnieniem rozprowadzania dla wybranych punktów poboru, a także badania systemów monitorujących i systemów alarmowych w warunkach eksploatacyjnych i awaryjnych (pkt 12.6.9. ww. normy). Nie jest możliwe przeprowadzenie w sposób wiarygodny na wybiórczych częściach instalacji prób i stwierdzeń wymaganych do certyfikacji wyrobu medycznego oraz przeprowadzanie ich w zgodzie z ich instrukcjami użytkowania opracowanymi przez wytwórcę wyrobu medycznego.

Następnie odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia (część podstawowa i opcje, w tym część instalacji gazów medycznych została ujęta w części podstawowej poz. 1 Budynek Szpitala) oraz etapów jego realizacji (zasady uruchomiania opcji) dokonał podziału procesu realizacji tego elementu zamówienia (jednego wyrobu medycznego) na poszczególne sekwencje, które obejmują odrębne wyprodukowanie i wybudowanie poszczególnych jego części składowych, bez gwarancji zlecenia wykonania go w całości przez wykonawcę, któremu zostanie powierzona realizacja niniejszego zamówienia. Natomiast możliwość zastosowania preferencyjnej stawki VAT tj. 8%, warunkowana jest wykonaniem instalacji gazów medycznych w częściach jakie można poddać certyfikacji, tj. od

źródła do punktów poboru.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego 2 na etapie ofertowania niezasadnym było zastosowanie stawki VAT 8% w odniesieniu do ww. pozycji formularza ofertowego. Niemożliwe było natomiast sporządzenie oferty przewidującej dwa warianty realizacyjne, tj. wariant zakładający udzielenie zamówienia na wyrób medyczny w całości oraz wariant zakładający udzielenie tylko części przedmiotowego zakresu. W konsekwencji Wykonawca kalkulując ten zakres oferty (część podstawowa poz. 1 Budynek Szpitala, poz. 2 Budynek techniczny nr 1 oraz Opcja nr 1 poz. 20 formularza cenowego) zastosował jednolicie podstawową stawkę VAT w wysokości 23%. Odwołujący dalej podkreślił, że możliwość zastosowania obniżonej stawki VAT w wysokości 8% do instalacji gazów medycznych jedynie w przypadku spełniania przez tę instalację definicji wyrobu medycznego zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach medycznych, znajduje potwierdzenie w interpretacjach podatkowych.

Na koniec w uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący 2 wskazał, iż zamawiający w pierwotnie ogłoszonej dokumentacji postępowania z dnia 22.06.2023 SWZ z załącznikami, w tym formularzu oferty (Załącznik nr 1), dla części podstawowej i Opcji nr 1-8 jako właściwą wskazał stawkę VAT w wysokości 23 %. Formularz został następnie zmieniony w dniu 17 listopada 2023 r. poprzez usunięcie stawki VAT. Jednocześnie zamawiający pomimo wielokrotnych wniosków oferentów o wskazanie elementów zamówienia podlegających obniżonej stawce VAT - 8% (odpowiedzi z dnia 22 listopada 2023r., dnia 10 stycznia 2024r. oraz dnia 23 stycznia 2024r.), nie doprecyzował treści formularza ofertowego. Dlatego też, zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę odwołującego 2 z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący 2 w argumentacji dotyczącej określenia błędnej stawki VAT w ofertach Budimex i Mirbud dla Instalacji gazów medycznych Opcja nr 1, wskazał, iż zamawiający sklasyfikował w rankingu ofert jedynie ofertę Mirbud i ofertę Budimex. W przypadku obydwu ww. ofert w odniesieniu do poz. 20 Instalacji w gazów medycznych w ramach Opcji nr 1 zastosowano preferencyjną stawkę VAT tj. 8%. Zamawiający zaakceptował taki sposób wyceny tej części zamówienia pomimo, że w przypadku Instalacji gazów medycznych zawartych w Opcji nr 1 i zawartych w zakresie podstawowym mamy do czynienia z taką samą sytuacją faktyczną. Zamawiający dokonał podziału elementów składowych ww. instalacji pomiędzy zakres podstawowy i Opcje w sposób, który w przypadku zlecenia tylko części tych elementów w ramach Opcji nr 1 (pewnych elementów instalacji) uniemożliwia wykonanie zarówno w ramach prawa opcji, jak i zakresu podstawowego - wyrobu medycznego klasy IIB podlegającego certyfikacji. Z uwagi na powyższe w odniesieniu do Instalacji gazów medycznych w ramach Opcji nr 1 należało zastosować podstawową stawkę VAT (23**%**), na argumentację w trym zakresie Odwołujący powołała się we wcześniejszej treści uzasadnienia

Następnie odwołujący 2 przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Mirbud i rażąco niskiej ceny istotnej części składowej zamówienia (zakres podstawowy). Wskazał, iż w ramach pozycji 25 „Wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych" należało wycenić urządzenia i sprzęt medyczny wyspecyfikowane przez Zamawiającego w projekcie, część XI Technologia medyczna - Wykaz wyposażenia wraz ze szczegółową specyfikacją techniczną.

Ceny ofert Mirbud i Mostostal wykazują rażącą dysproporcję w stosunku do wartości tej części zamówienia w innych ofertach. Jednocześnie tak istotnej różnicy nie można racjonalnie wytłumaczyć, z uwagi na szczegółowo opisane przez zamawiającego parametry urządzeń i sprzętu medycznego, możliwościami realizacyjnymi któregokolwiek z wykonawców. Realizacja tej części zamówienia polega bowiem na zakupie od producentów lub dystrybutorów wyrobów medycznych o określonych parametrach. Rynkowa wartość tych urządzeń wyznacza zatem poziom cen tej części zamówienia. W ofercie Mirbud zaproponowana cena nie stanowi nawet połowy wartości rynkowej tych urządzeń. Nie jest przy tym możliwe uzyskanie na rynku rabatów na poziomie, który niwelowałby tę różnicę. W konsekwencji w ofercie Mirbud dokonano wyceny innych urządzeń i sprzętu niż wymaganych przez zamawiającego, albo wykonawca nie wycenił tej części zamówienia w całości.

Odwołujący 2 podkreśli, iż powyższe rozbieżności powinny skłonić zamawiającego do weryfikacji sposobu kalkulacji tej istotnej części składowej zamówienia. Wskazana różnica wyceny jest przy tym zauważalna, a także w prosty sposób sprawdzalna, tj. poprzez odniesienie do wykazu wymaganych urządzeń. Niewątpliwie przy tym rozmiar dostaw i robót objętych tą pozycją stanowi istotną część całego zakresu podstawowego zamówienia oraz z reguły jest to druga pod względem wysokości kosztów pozycja w formularzach cenowych wykonawców. Zamawiający przy tym, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się nabywaniem wyrobów medycznych ma pełne rozeznanie co do ich wartości. Ponadto wysokość kosztów tej pozycji została zapewne określona w kosztorysie inwestorskim i była dokonana na podstawie zdefiniowanych szczegółowo wymagań technicznych. Zamawiający jednak nie dokonał powyższego sprawdzenia, co spowodowało wybór oferty Mirbud jako oferty najkorzystniejszej. Natomiast w takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było sprawdzenie realności istotnej części składowej oferty. Nie ma przy tym znaczenia, że całościowa cena oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej założonych ofert ani fakt, że za robotę lub usługę w ramach zamawiający może, ale nie musi zapłacić.

Na koniec swojego stanowiska odwołujący 2 wskazał, dlaczego jego zdaniem doszło do naruszenia zasad legalizmu postępowania przy wyborze najkorzystniejszej oferty tj. naruszenia art. 17 ust. 2 i art. 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Odwołujący powołując się na art. 17 ust. 2 Pzp wskazał, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zamawiający zamierza powierzyć realizację niniejszego zamówienia Wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów Pzp szczegółowo wskazanych w odwołaniu, warunków zamówienia ustalonych w dokumentach postępowania oraz podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp. Odwołujący podkreślił, iż wybrana oferta nie odpowiada warunkom zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, co oznacza, że dokonując jej wyboru Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w trakcie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego arbitralnie zdecydował, w jakim zakresie stosuje przepisy Pzp i postanowienia SWZ oraz w stosunku, do których ofert. Uchybienie zamawiającego stanowi zatem wprost naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp, ponieważ jako najkorzystniejsza została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu. Takie zachowanie zamawiającego świadczy również o nierównym traktowaniu wykonawców, ponieważ przetarg wygrał wykonawca, który złożył wadliwą ofertę. Natomiast wykonawcy (w tym odwołujący 2), którzy w sposób zgodny z prawem skalkulowali swoje oferty i których oferty nie zawierały takich istotnych błędów, nie zostali wybrani.

Sygn. akt: KIO 1534/24

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej zwany również: „odwołującym 3" lub „Budimex"), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej również jako „Mirbud");
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud, mimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud, mimo iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud, mimo iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący 3 zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mirbud, pomimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie stanowiącym istotną część składową oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;
   ewentualnie, w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty Mirbud byłoby na tej podstawie przedwczesne:
   art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mirbud do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie Opcji nr 4 formularza cenowego złożonego przez Mirbud;
2) art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mirbud, pomimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla wyrobów medycznych ujętych w ramach formularza cenowego, co w konsekwencji prowadzi jednocześnie do konstatacji, że oferta Mirbud zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji nr 25 w Opcji nr 1 formularza cenowego, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;
   ewentualnie, w przypadku gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty Mirbud byłoby na tej podstawie przedwczesne:
   art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mirbud do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie pozycji nr 25 i pozycji nr 26 formularza cenowego złożonego przez Mirbud;
3) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mirbud, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

czynności wyboru oferty Mirbud i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Mirbud, ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dalej idących) wezwanie Mirbud do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, względnie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący 3 wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego uzyskała 90,08 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta Mirbud została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji z sumaryczną liczbą punktów 99,97. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, obejmującą wszystkie wymagania określone w treści SWZ i posiadający stosowne doświadczenie wymagane treścią SWZ, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Budimex. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom do wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący na wstępie opisał szczegółowo okoliczności faktyczne związane z przedstawionymi przez niego zarzutami.

Następnie w odniesieniu do zarzuty dotyczącego oferty Mirbud, która zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych, odwołujący przywołał zestawienie pochodzące z formularzy cenowych wszystkich wykonawców i wskazał, że wartości netto i stawki VAT wszystkich ofert w ramach podanych zakresów, w zestawieniu z ofertami dwóch wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, tj. z ofertą odwołującego oraz Mirbud, przedstawiają się następująco:

Podkreślił, iż pomimo, że ceny zaoferowane przez Mirbud w zaznaczonych pozycjach w sposób rażący odbiegają od średniej złożonych ofert, okoliczność ta nie wzbudziła w zamawiającym żadnych wątpliwości.

Następnie odwołujący uwypuklił, iż najwięcej wątpliwości budzi sposób określenia ceny dla pozycji nr 25 formularza cenowego, tj. „Wyrobów medycznych wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych". Pozycja ta jest ściśle określona, dlatego lista sprzętów, które wchodzą w jej zakres odnosi się w sposób konkretny do Ustawy o wyrobach medycznych. To z ustawy wprost wynika, że takich wyrobów medycznych, które należy uwzględnić do wyceny oferty w ramach pozycji nr 25 jest łącznie 206. Dla przypomnienia, w ramach tej pozycji odwołujący przyjął kwotę wynoszącą 147.145.900,00 zł, a Mirbud przyjął kwotę 69.215.039,88 zł. Stawka podatku VAT, jaką należało przyjąć w ramach tej pozycji to 8% i kwestia ta jest bezsporna, była też zresztą wyjaśniana przez zamawiającego w toku postępowania. Dla ostatecznego potwierdzenia okoliczności związanej z kwestią stawki VAT dla wyrobów medycznych ujętych w ramach pozycji nr 25 odwołujący powołuje się na postanowienia ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 361), która z kolei odwołuje do definicji wyrobów medycznych zawartych w rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, które to rozporządzenie w fragmencie odwołujący przywołał.

Następnie odwołujący 3 wskazał, iż zgodnie z art. 145 c ustawy o podatku od towarów i usług do wyrobów medycznych, o których mowa w poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. poz. 974 oraz z 2023 r. poz. 1938), stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, stosuje się do dnia 27 maja 2025 r. Jednocześnie, zgodnie z art. 145 d tej ustawy, do usług napraw i konserwacji wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1565) dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z tą ustawą stosuje się stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2). Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług 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 %, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4.

Z powyższych przepisów wynika, jak argumentował odwołujący, że w sytuacji, gdy dany wyrób wpisuje się w podaną definicję wyrobu medycznego na podstawie odpowiednich regulacji, wówczas ma być zaoferowany w stawce 8%. W tym duchu został sformułowany formularz cenowy w wierszu nr 25, zamawiający bowiem wprost określił, że w ramach tej pozycji mają być ujęte wyroby medyczne według wskazań Ustawy o wyrobach medycznych.

Jeżeli mamy zaś do czynienia z wyrobem, którego nie można w tak prosty sposób przypisać do określonej kategorii, tj. określone przyporządkowanie nie wynika wprost z przepisów (w szczególności gdy dany sprzęt nie został

ujęty w ustawie), a wykonawca otrzymuje od dostawców oferty ze stawką 8% lub 23%, wówczas to wykonawca musi samodzielnie tą kwestię przeanalizować i ustalić, jaka stawka VAT jest właściwa, bowiem to każdy podatnik samodzielnie musi określić stawkę podatku VAT, nawet jeśli dostawca określi ją w sposób nieprawidłowy. Zamawiający w ramach kilku pozycji uwzględnionych w STWIORB określił, że dane urządzenie ma zostać wpisane do rejestru wyrobów medycznych i w związku z tym dane urządzenie ma zostać potraktowane analogicznie jak inne, a zatem musi zostać uwzględnione w ramach pozycji nr 25 formularza cenowego.

Odwołujący podkreśli, iż w aktualnym postępowaniu zamawiający wyjaśniał kwestię przyjętych stawek podatku VAT i nie miał wątpliwości co do stawek przyjętych przez odwołującego i Mirbud. Wyjaśnienia okazały się skuteczne. Problem jednak polega na tym, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie tego, co tak naprawdę zostało ujęte w ramach pozycji nr 25 z 8% podatkiem VAT, i z jakiego powodu wykonawca Mirbud w sposób tak rażąco niski wycenił tę pozycję. Jak zostało wspomniane, obowiązek podania prawidłowej stawki podatku VAT obciąża podatnika (wykonawcę). W aktualnym postępowaniu obowiązek ten wprost przekłada się na kwalifikację określonych wyrobów medycznych do pozycji nr 25 formularza ofertowego (z 8% stawką podatku VAT) lub do pozycji nr 26 (ze stawką 23%). W ocenie odwołującego Mirbud niewłaściwie przypisał stawkę podatku VAT dla części sprzętu medycznego wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych i w związku z tym ujął w pozycji nr 25 tylko części wyposażenia, jakie miało zostać ujęte w tej pozycji.

Zdaniem odwołującego 3, stąd bierze się drugi aspekt sformułowanego przez odwołującego zarzutu, a mianowicie zarzut rażąco niskiej ceny. W ramach pozycji nr 25 znajdują się bowiem sprzęty bardzo wartościowe, jak choćby angiograf dwupłaszczyznowy, jednopłaszczyznowy, typ C czy sufitowy, a także aparat RTG typ C i typ C ze ścianką. Odwołujący wskazał, iż zebrał z rynku oferty do wszystkich pozycji niezbędnego wyposażenia i przyporządkował ceny do tabeli uwzględniającej cały spis niezbędnego wyposażenia. Porównując uzyskane ceny rynkowe już tylko samych czternastu pozycji, które odwołujący ocenia jako najbardziej wartościowe (i tak też wyszło z badania rynku), uzyskujemy wartość, którą założył Mirbud w ramach pozycji nr 25. Dla przypomnienia, odwołujący przywołuje, iż wszystkich elementów niezbędnych do wliczenia w ramach pozycji było aż 206, a 206 pozycji daje aż 2298 sztuk sprzętu medycznego (wyposażenia), które Mirbud wycenił na kwotę 69.215.039,88 zł. Biorąc pod uwagę, że w ocenie odwołującego ta kwota wystarcza jedynie na około 16 pozycji niezbędnego sprzętu, który należało zaoferować w tej pozycji, nie jest możliwe zaoferowanie całości wyposażenia w tej cenie. W ramach przekazanej tabeli z zestawieniem wyposażenia, odwołujący podkreślił, że 16 pozycji określających najbardziej wartościowe pozycje to kwota ponad 75.000.000,00 złotych, a Mirbud w ramach tej kwoty zaoferował wszystkie 206 elementów wyposażenia. Jak zostało wskazane w ramach niniejszego odwołania wcześniej – metody wyjaśnienia takiego stanu rzeczy według twierdzeń odwołującego, są dwie:

1. Mirbud „przerzucił" część kosztów przypadających do uwzględnienia w ramach pozycji nr 25 (wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych) – objętej stawką VAT 8%, do pozycji nr 26 (Pozostałe wyposażenie medyczne i sprzęt medyczny") objętej stawką VAT 23%,
2. Mirbud w sposób rażąco niski ustalił wartość swojej oferty w ramach tej pozycji.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący przedstawił, dowód w postaci zestawienia wyposażenia w ramach pozycji nr 25 Opcji nr 1 z rynkowym zestawieniem cen najbardziej wartościowych sprzętów ze spisu, które dają w przybliżeniu wartość zaoferowaną przez Mirbud oraz tabelę obrazująca rozbicie kwot brutto dla poszczególnych stawek VAT we wszystkich złożonych w postępowaniu ofertach

W zakresie pozycji formularza cenowego odnoszącej się do Opcji nr 4, zdaniem odwołującego 3, również występują poważne wątpliwości co do prawidłowości dokonanej wyceny prowadzące wprost w kierunku zarzutu dotyczącego zaoferowania przedmiotu zamówienia w tym zakresie za cenę rażąco niską. Zamawiający w treści dokumentacji postępowania bardzo dokładnie określił, czego wymaga do wykonania w ramach tej opcji i czterech pozycji, które wchodziły w jej zakres. Ważne jest, że w dniu 11 grudnia 2024 r. zamawiający zmodyfikował też treść dokumentacji postępowania, co wymusiło na wykonawcach zmianę przyjętych do wyceny w ramach tej opcji założeń. Odwołujący wyjaśnia, że w Opcji nr 4 w ramach wspomnianej modyfikacji Załącznika nr 15 należało wycenić urządzenia w węźle ciepła i chłodu, które nie znalazły się we wcześniejszym przedmiarze robót udostępnionym przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż w celu dokładnego przygotowania wyceny własnej oferty opracował przedmiar robót, który w swoim zakresie jako jego główne pozycje obejmował: agregat absorbcyjny 650 kW, wieżę chłodniczą 2280 kW, węzeł ciepła 5226 kW. Dla potrzeb dokonania wyceny tych nowych elementów odwołujący pozyskał oferty z rynku na dostawę urządzeń bądź na realizację robót wraz z materiałem. Wartość głównych urządzeń bez kosztów serwisów i montażu wynosi blisko 2,5 mln zł, natomiast wartość robót towarzyszących wynosi ok. 3 mln zł. Na potwierdzenie powyższych okoliczności odwołujący przekazał i załączył jako dowód wspomniane powyżej oferty do odwołania.

Odwołujący przypomniał, iż Mirbud w ramach Opcji nr 4 przyjął w zakresie pozycji nr 1 (Instalacja grzewcza

pomieszczenia rozdziału ciepła) kwotę 1.835.254,78 zł, przy czym w okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem odwołującego nie jest możliwe prawidłowe, tj. zgodne z wymaganiami Zamawiającego wykonanie przedmiotu zamówienia za tą cenę.

Dodatkowy aspekt, który musi zostać wzięty pod uwagę odnosi się do bardzo specyficznej konstrukcji, jaką zastosował zamawiający w ramach formularza cenowego, a który odnosi się do zastrzeżeń zamieszczonych pod formularzem cenowym. Treść punktu 3 i 4 była już cytowana, w tym miejscu należy jedynie zaznaczyć przełożenie tej klauzuli na sposób wyceny oferty Mirbud. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający przewidział, że samodzielnie obniży przekroczoną kwotę wskazaną dla danej opcji do maksymalnej dopuszczalnej wartości tej opcji, a różnicę między wartością przekroczoną a maksymalną dopuszczalną doda do pozycji „Budynek szpitala" w zakresie części podstawowej. Aby zatem do tego nie dopuścić, w ocenie odwołującego Mirbud samodzielnie dokonał ujęcia z omawianej pozycji istotnej części, co jednocześnie wpływa na wystąpienie w ramach tej pozycji rażąco niskiej ceny, o czym była mowa w pkt 2. Wygląda jednak na to, że wykonawca nie uczynił tej „inżynierii cenowej" w sposób proporcjonalny w ramach każdej pozycji Opcji nr 4, a jedynie w odniesieniu do pozycji nr 1 co sprawia, że pozycja ta została wyceniona w sposób rażąco niski, co zostało wykazane w ramach niniejszego odwołania. W ten sposób Mirbud dokonał manipulacji zaoferowaną ceną, która w sposób rażący odstaje od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, iż co jest istotne, a co ma przełożenie na prawidłowość sformułowanego zarzutu, prawidłowo przygotowana wycena winna odzwierciedlać rzeczywiste koszty realizacji każdego z elementów, a celowe zaniżanie ceny w opcji nr 4 miało na celu uzyskanie wyższej ilości punktów od oferty - z uwagi na wyższą wagę ceny ofertowej zakresu podstawowego.

Odwołujący 3 następnie wskazał, iż w pierwszym przypadku dotyczącym Opcja nr 4 nakładają się na siebie zarzut manipulacji przyjętymi wartościami (sztucznego ujęcia części pozycji by zapobiec samodzielnemu dodaniu przez Zamawiającego różnicy do pozycji „Budynek szpitala") z zarzutem wystąpienia rażąco niskiej ceny, przy czym oba zarzuty są ze sobą kompatybilne i z siebie nawzajem wynikają. W drugim przypadku dotyczącym pozycja nr 25 można z kolei mówić o błędach w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla wyrobów medycznych ujętych w ramach formularza cenowego, co w konsekwencji prowadzi jednocześnie do konstatacji, że oferta Mirbud zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego powyższe prowadzi do konkluzji, że Mirbud swoim świadomym działaniem (bo inaczej tych czynności nie można nazwać, jak świadomymi, na co wskazują nieścisłości i błędy w tych konkretnie, newralgicznych pozycjach) popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co z kolei prowadzi do uznania, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Mirbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący następnie wskazał, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. W okolicznościach niniejszej sprawy można mówić o działaniu Mirbud sprzecznym z dobrymi obyczajami ze względu na okoliczność podjęcia świadomej decyzji o przerzucaniu określonego wyposażenia do innej pozycji w celu przypisania tym elementom innej stawki VAT, manipulowaniu wartościami i określanie ich sztucznego przyporządkowania, a wreszcie, celowego zaniżania konkretnych pozycji, co miało wpływ na wystąpienie w co najmniej dwóch pozycjach ceny rażąco niskiej. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji wiąże się ze świadomym działaniem, które miały na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu osiągnięcia określonego zysku, którym w tym przypadku jest uzyskanie korzyści w postaci zamówienia publicznego. W ramach dostrzeżonego czynu nieuczciwej konkurencji należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt – za sprawą nieuczciwego działania Mirbud, bezsprzecznie jeden z wykonawców – właśnie Mirbud – został potraktowany preferencyjnie. Zaoferował bowiem cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, która w ocenie odwołującego nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów, albo zostały one przerzucone do innych pozycji niezgodnie z wymaganiami zamawiającego (w tym kontekście również z błędem w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT). Każde z tych działań Mirbud należy uznać za naganne, bo równocześnie wpływa na poziom uczciwej konkurencji i równości wykonawców w postępowaniu, w którym złożonych ważnych ofert nie da się w żaden sposób porównać. Mirbud postanowił nieuczciwe konkurować o zamówienie „ręcznie manipulując swoim formularzem cenowym a zamawiający nie dochował należytej staranności w dokładnej ocenie przyjętych w formularzu Mirbud wartości.

Odwołujący 3 podkreślił, iż zatem w realiach niniejszej sprawy zarzuty względem formularza cenowego Mirbud są wieloaspektowe i wypełniają jednocześnie kilka podstaw odrzucenia oferty. Działanie wykonawcy nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji bowiem sprawia, że inni wykonawcy, którzy zastosowali się do wymagań zamawiającego, nie są w stanie konkurować ceną z wykonawcą, który manipulował uwzględnionymi w formularzu cenowym wartościami. W tym konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę, że tylko oferta odwołującego (poza ofertą Mirbud) pozostała nieodrzucona, oferty Mirbud nie da się porównać z ofertą odwołującego.

Odwołujący 3 następnie argumentował, iż za jednolitą i obowiązującą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że rażąco niską ceną może być określona cena, za którą niemożliwe jest wykonanie

należycie zamówienia, cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych i taka, która uniemożliwia pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Cena zaoferowana w pozycji nr 25 formularza cenowego Mirbud, jak również cena zaoferowana za zrealizowanie Opcji nr 4 tego wykonawcy posiada dokładnie takie cechy.

W przypadku niniejszego postępowania zamawiający nie określił wprost w dokumentacji postępowania stawki podatku VAT, jaka miała zostać przyjęta. Jak zostało wskazane już wcześniej, to sam podatnik, czyli wykonawca, zobowiązany był do ustalenia tego aspektu swojej oferty, co zresztą doprowadziło do konieczności wyjaśnienia kwestii zastosowanej stawki podatku VAT w ofertach wszystkich wykonawców. W związku z tym, niemożliwe jest na tym etapie doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający będzie mógł poprawić ten element oferty złożonej przez Mirbud. Stawka podatku VAT bez wątpienia pozostaje elementem cenotwórczym, który ma niebagatelne znaczenie w kontekście określania ceny całkowitej oferty, a wszelkie manipulacje stawkami mają tym samym niebagatelny wpływ na ocenę złożonych w postępowaniu ofert.

Dlatego też odwołujący na koniec podkreślił, iż na podstawie powyższego zasadne jest przyjęcie, że oferta Mirbud nie odzwierciedla rzeczywistej ceny, jaka powinna zostać wkalkulowana, ze względów opisanych w treści niniejszego odwołania. W konsekwencji oferta Mirbud podlega odrzuceniu na podstawach wskazanych w petitum.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym: wykonawcę PORRspółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/24 i KIO 1534/24, wykonawcę Budimexspółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/24 i zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/24 i wykonawcę Mirbud spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Unii Europejskiej 19, zgłaszającego przystępującego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1506/24, KIO 1509/24 i KIO 1534/24W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na każde z odwołań w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie każdego z odwołań w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie odpowiednio w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/24, KIO 1509/24 i KIO 1534/24.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem zamawiającego i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 Pzp i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 Pzp. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 Pzp, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego Budimex, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/24 dotyczące zarzutunaruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez istotną zmianę treści oferty Budimex wskutek poprawienia w trybie innej omyłki błędu, zostało wniesione z uchybieniem ustawowego dziesięciodniowego terminu. Zgodnie z argumentacją zamawiającego termin ten miał rozpocząć bieg w dniu 22 czerwca 2023 r. tj. w dniu kiedy wykonawcy zostali poinformowani o sposobie wypełnienia formularza cenowego i postanowieniu w formularzu cenowym dotyczącym sposobu poprawy innej omyłki w drodze publikacji formularza cenowego, zaś zgodnie ze stanowiskiem przystępującego Budimex, termin ten miał rozpocząć bieg w dniu, w którym przystępujący Budimex został poinformowany o dokonaniu przez zamawiającego poprawienia innej omyłki, czyli w dniu 23 lutego 2024 r.

Skład rozpoznający odwołanie podzielił stanowisko odwołującego 2, że w sprawie nie zachodzi przeszkoda procesowa powodująca konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego i odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu 6 na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp., zaś termin na jego wniesienie, który upłynął 29 kwietnia 2024 r., należy liczyć zgodnie z brzmieniem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp., czyli od dnia 17 kwietnia 2024 r.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2024 r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i od tego momentu należy liczyć termin na wniesienie odwołania dotyczącego rozpatrywanej czynności zamawiającego. Dopiero od daty 17 kwietnia 2024 r. odwołujący 2 mógł dowiedzieć się o dokonanej poprawie przez zamawiającego, ponieważ wówczas zostały udostępnione załączniki do protokołu. Należy zaznaczyć, że aby podjąć decyzję o podważeniu czynności zamawiającego, niezbędne jest poznanie stanowiska zamawiającego, który w zakresie oceny ofert wypowiedział się właśnie w dniu 17 kwietnia 2024 r. Dopiero w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający ujawnił jak ocenił oferty złożone w postępowaniu i czym się kierował przy

tej ocenie przedstawiając swoją argumentację. Zatem wraz z informacją o rozstrzygnięciu postępowania odwołujący 2 dowiedział się dopiero o działaniach i podstawach jakie legły przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego.

Konkludując, zamawiający i przystępujący nie wykazali, aby odwołujący 2 mógł wcześniej niż 17 kwietnia 2024 r. powziąć wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu 6, zatem zawity termin na wniesienie środka zaskarżenia został przez odwołującego 2 dochowany.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba stwierdziła również spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, złożonych odwołań wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami, złożonych pism procesowych odwołujących i przystępujących wraz z załącznikami oraz wszelkich dowodów złożonych przy ww. pismach oraz na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa szpitala miejskiego".

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 9 ust. 4 pkt 1 SWZzamawiający określił warunki udziału w postepowaniu wskazując:

„*O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali należycie, co najmniej 2 (dwie) umowy, w tym:*

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu szpitalnego** o kubaturze min. 50.000 m3,*

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu ogólnodostępnego*** o wartości co najmniej 70 000 000,00 (siedemdziesiąt milionów) zł brutto, obejmującą co najmniej branżę: konstrukcyjną, elektryczną, telekomunikacyjną, sanitarną.*

Uwaga:

** Za "budowę" uważa się: budowe, nadbudowe, rozbudowe lub odbudowe w rozumieniu ustawy Prawo budowlane art.3 pkt. 6. W przypadku nadbudowy, rozbudowy lub odbudowy wskazany powyżej warunek odnosi się odpowiednio do części: nadbudowanej, rozbudowanej lub odbudowanej."*

W postępowaniu złożono pięć ofert, zgodnie z poniższym zestawieniem

Zamawiający odrzucił dwie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp wskazując na błąd w obliczeniu poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT, tj. ofertę: odwołujący 1 i odwołującego 2. Natomiast dla oferty złożonej przez Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zamawiający wskazał, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp, ponieważ jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Dnia 17 kwietnia 2024r. zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Mirbud jako ofertę najkorzystniejszą oraz sklasyfikował na drugim miejscu ofertę złożoną przez wykonawcę Budimex.

Izba ponadto ustaliła, iż wykonawcy byli zobowiązani do złożenia formularza oferty zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ – wersja po modyfikacji z dnia 14 listopada 2023r., oraz formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ – wersja po modyfikacji z dnia 10 stycznia 2024r. (pkt 19 SWZ).

W ramach postępowania zamawiający dokonał podziału na zakres podstawowy oraz 8 Opcji tj: Opcja nr 1 - wyposażenie i elementy wykończeniowe szpitala; Opcja nr 2 – instalacja PV na dachu; Opcja nr 3 – instalacja paneli solarnych na dachu; Opcja nr 4 – instalacja źródła ciepła i instalacja źródła chłodu w budynku szpitala; Opcja nr 5 – instalacja PV naziemna; Opcja nr 6 – zieleń na terenie działki 657/2 obr. Ligota Zabrska; Opcja nr 7 – elementy małej architektury na terenie działki 657/2 obr. Ligota Zabrska Opcja Nr 8 - zagospodarowanie terenu działek 658/2, 224, 226.

W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 6, wynagrodzenie ryczałtowe należało określić: w podziale na zakres podstawowy oraz Opcje wraz z uwzględnieniem procentowych limitów finansowych w odniesieniu do poszczególnych Opcji. W przypadku Opcji 1 limit wynosił max. 53% całego zadania, a w odniesieniu do pozostałych Opcji maksymalnie 1% całego zadania.

Zamawiający skonstruował formularz cenowy w ten sposób, aby umożliwić identyfikację przekroczenia ww. limitów. W pkt 6 ww. formularza za pomocą sformułowania „FAŁSZ"/"PRAWDA" znajdującego się poza obszarem wydruku umożliwiono weryfikację, czy podane kwoty dla poszczególnych opcji nie przekraczają wskazanych przez Zamawiającego dopuszczalnych maksymalnych procentowych wartości całego zadania. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że *„jeżeli Wykonawca przekroczy którąkolwiek ze wskazanych dopuszczalnych maksymalnych wartości opcji (nr 1-8), wskazanych w kolumnie 4. ("uwagi"), Zamawiający obniży przekroczoną kwotę wskazaną dla danej opcji do maksymalnej dopuszczalnej wartości tej opcji, a różnicę między wartością przekroczoną a maksymalną dopuszczalną doda do pozycji "Budynek szpitala" w zakresie części podstawowej. Czynność ta zostanie dokonana w trybie poprawy*

innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych".

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 1506/24

Skład rozpoznający odwołanie dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

W zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 poprzez odrzucenie oferty odwołującego 1 i uznanie przez zamawiającego, że oferta zawiera błędy w zakresie części podstawowej w ramach wstępnego etapu realizacji instalacji gazów medycznych powstaje wyrób medyczny – dot. formularza cenowego lp. I poz. 1, 2 i 6 w części podstawowej; uznania, że w zakresie prowadzącym do powstania instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego należy dokonać podziału świadczeń – dot. formularza cenowego lp. II poz. 20; uznania, że w zakresie obejmującym wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny należy dokonać podziału świadczeń – dot. formularza cenowego lp. II poz. 27; nieuzasadnionego wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni i zastosowania do nich 8% stawki podatku VAT – dot. formularza cenowego lp. I poz. 5 w części podstawowej, lp. VI poz. 2 w opcji nr 5, lp. VII poz. 2 w opcji nr 6, lp. IX poz. 1, 2 i 3 w opcji nr 8, Izba wskazuje co następuje.

Na wstępie Izba podkreśla, że czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szansy na zdobycie zamówienia publicznego. Dlatego też czynność ta powinna być kompleksowo, szczegółowo i merytorycznie uzasadniona, tak aby była ona możliwa do zweryfikowania przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona. Zamawiający powinien zatem w sposób jasny, przejrzysty i rzeczowy wyjaśnić, opisać i przedstawić szczegółową argumentację przyczyn, którymi się kierował podejmując decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy, Izba dopatrzyła się, iż lektura uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego 1 potwierdziła, że czynność ta została prawidłowo przeprowadzona przez zamawiającego. Izba w pierwszej kolejności w zakresie kwestii dotyczącej określenia właściwej stawki VAT dla Instalacji gazów medycznych stoi na stanowisku, iż odwołujący 1 błędnie zidentyfikował przedmiot zamówienia i tym samym błędnie określił stawki VAT. Tak więc działanie zamawiającego w tym zakresie było prawidłowe.

Izba przystępując do rozpatrzenia zarzutu, wskazuje iż prawidłowe określenie stawki VAT w zakresie realizacji Instalacji gazów medycznych nie było sporne. Spór sprowadzał się natomiast do tego, że każdy z wykonawców inaczej rozumiał postanowienia OPZ, a co za tym idzie różnie był postrzegany moment powstania Instalacja gazów medycznych, jako wyrób medyczny uprawniający do naliczenia preferencyjnej stawki VAT 8%. Co w dalszej kolejności prowadziło do tego, że różna interpretacja postanowień OPZ przez wykonawców, warunkowała następnie określenie danej stawki VAT. Zgodnie z treścią zmodyfikowanego formularza cenowego (załącznik nr 6 do SWZ) wykonawcy byli zobowiązani do wskazania - w zakresie każdej pozycji formularza cenowego- całkowitej wartości robót netto, właściwej stawki podatku od towarów i usług (wyrażonej procentowo i kwotowo) oraz całkowitej wartości robót brutto. Zamawiający nie wskazał wykonawcom stawki podatku VAT jaką należy zastosować w niniejszym postępowaniu, tym samym to po stronie wykonawcy leżał obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, natomiast obowiązkiem zamawiającego było zbadanie, czy wskazana przez wykonawcę stawka VAT jest prawidłowa.

Izba podkreśla, iż w postępowaniu odwoławczym każdy z odwołujących przedstawił własną opinię w sprawie prawidłowości zastosowania przez danego odwołującego stawek VAT dotyczących różnych spornych aspektów, które się pojawiły w zakresie prowadzonego postępowania dotyczącego zamówienia na budowę szpitala. Podkreślenia wymaga, iż w zależności od tego, który odwołujący ją przedstawił to potwierdzała ona prawidłowość właśnie jego działania i pokazywała co legło u podstaw decyzji danego odwołującego przy określaniu stawki VAT. Skład orzekający wskazuje, że co istotne, żaden odwołujący nie negował kontropinii przedstawionych przez pozostałych odwołujących. Odwołujący tak naprawdę skupili się na przedstawieniu argumentacji na poparcie swoich twierdzeń, co do prawidłowego rozumienia przez nich opisu przedmiotu zamówienia, co w dalszej kolejności warunkowało określenie danej stawki VAT. Jedynie przystępujący Mirbud dopiero na rozprawie w dniu 24 czerwca 2024 r. podjął się polemiki z opinią przedstawioną przez odwołującego 2 dotyczącą stawki VAT przy dostawie instalacji gazów medycznych i opinią zaprezentowaną przez odwołującego 1 wraz z pismem procesowym w dniu 24 czerwca 2024 roku w zakresie oceny wyrobu medycznego.

Przystępujący Mirbud wskazał, w którym zakresie te opinie, według jego twierdzeń, są nie zasadne, zawierają błędne złożenia, a ponadto opinia przygotowana na zlecenie odwołującego 1 zdaniem przystępującego Mirbud opiera się na nieaktualnych aktach prawnych.

Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie, również przedstawił opinię z dnia 29 kwietnia 2024 r. dotycząca stawki VAT dla wybranych świadczeń nabywanych w ramach Zadania pn. „Budowa szpitala miejskiego" przygotowaną przez ABJP Doradztwo podatkowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, potwierdzającą zasadność jego działania przy ocenie ofert, w zakresie zastosowania właściwych stawek podatku VAT. W opinii tej zostało wskazane, iż przede wszystkim, zgodnie z aktualną praktyką interpretacyjną, nie budzi obecnie wątpliwości, że w przypadku gdy wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót budowlanych oraz do dostawy wyrobów medycznych, to roboty budowlane i wyroby medyczne stanowią odrębne podatkowo świadczenia klasyfikowane odpowiednio jako świadczenie usług i dostawa towarów.

Uwzględniając powyższe, zdaniem przygotowującego opinie, kwestia odrębności dostawy wyrobów medycznych od robót budowlanych mających na celu wzniesienie szpitala jak również możliwość zastosowania obniżonej stawki VAT dla dostawy wyrobów medycznych spełniających wymogi z poz. 13 zał. nr 3 do ustawy o VAT lub art. 145c ustawy o VAT - nie była przedmiotem analizy jako niebudząca wątpliwości w praktyce interpretacyjnej. Jeżeli zatem w ramach realizacji części podstawowej nie dojdzie do dostawy wyrobu medycznego spełniającego wymogi do zastosowania stawki 8%, wówczas zastosowanie znajdzie 23% VAT.

Następnie opinia wskazuje, iż uwzględniając zatem odrębność świadczeń z zakresu rzeczowego części podstawowej oraz Opcji nr 1, elementy instalacji podlegałyby opodatkowaniu odpowiednio 23% i 8% (z zastrzeżeniem spełnienia wymogów ustawy o VAT – poz. 13 zał. nr 3 do ustawy o VAT, art. 145c ustawy o VAT). Zostało również w niej podkreślone, iż na moment składania ofert żaden z wykonawców nie mógł mieć pewności, że zostanie zlecona mu realizacja Opcji 1 w zakresie rzeczowym obejmującym instalację gazów medycznych. Jeżeli więc elementy instalacji gazów medycznych z części podstawowej nie spełniają warunków do zastosowania 8% VAT, to właściwą stawką podatku była stawka podstawowa, czyli 23%.

Mając na uwadze powyższe problem w głównej mierze sprowadzał się do tego, czy to co w części podstawowej zostanie realizowane z zakresu instalacji gazów medycznych, będzie korzystało z preferencyjnej stawki VAT jako wyrób medyczny czy też nie. Jak podkreślono w opinii ze względu na to, że w części podstawowej będzie zrealizowana tylko część Instalacji gazów medycznych to cześć ta nie będzie mogła być nazwana wyrobem medycznym, dlatego w tym przypadku należy określić stawkę VAT 23 %.

Jak wynika z dokumentacji postępowania w części podstawowej wykonane będzie źródło gazów medycznych, rurociągi, doprowadzające gazy ze źródła do instalacji w budynku szpitala po zawór odcinający. Tak więc będzie to tylko część instalacji gazów medycznych. Pozostała brakująca cześć instalacji w budynku tj. od zaworu odcinającego aż po poszczególne punktu poboru będzie realizowana w Opcji 1. Tym samym realizowane w zamówieniu podstawowym tylko niektóre elementy stanowią część instalacji gazów medycznych. Jednak nie można pojedynczo mówić, że są one wyrobem medycznym. Są one elementem wyrobu medycznego, który dopiero w momencie uzyskania certyfikatu w całości zarówno z elementami dostarczonymi w zamówieniu podstawowym, jaki z elementami dostarczonymi w ramach Opcji 1, którą zamawiający może uruchomić na późniejszym etapie, uzyskują status wyrobu medycznego uprawniający do naliczenia preferowanej stawki VAT dla dostawy wyrobów medycznych spełniających wymogi z poz. 13 zał. nr 3 do ustaw ustawy o VAT lub art. 145c ustawy o VAT. Zamawiający również w OPZ wskazał, iż wymaga wykonania przedmiotowej instalacji jako wyrób medyczny i tym samym przekazania mu właściwych certyfikatów potwierdzających zarejestrowanie instalacji jako wyrobu medycznego.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego 1, że przedstawione przez niego Oświadczenie Wytwórcy dot. instalacji rurociągu gazowego z dnia 21 maja 2024 r. wraz z opinią z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 21 maja 2024 r. jednoznacznie wskazują, jaka powinna być stawka VAT i tym samym świadczenie w części podstawowej uprawniają odwołującego do zakwalifikowania instalacji jako wyrób medyczny, a w związku z tym zaoferowanie 8 % stawki VAT. Opinia z dnia 21 maja 2024 roku skupia się w głównej mierze na klasyfikacji instalacji gazów medycznych i ocenie zgodności całej instalacji i poszczególnych komponentów, wchodzących w jej skład. Próżno w niej szukać informacji potwierdzających, że odwołujący właściwie postąpił przy określeniu stawki VAT dotyczącej Instalacji gazów medycznych dla zamówienia w części podstawowej.

W Oświadczeniu Wytwórcy złożonym przez firmę INMED S.A. wskazane jest zaś, iż podmiot ten oświadcza, że nie dokona oceny zgodności wyrobu lub jego części np. odcinka rurociągowego wykonanego przez innego wykonawcę i nie jest to możliwe z punktu widzenia obecnych przepisów prawa przez żadnego producenta. Treść oświadczenia jak i jego uzasadnienie, zdaniem Izby w żaden sposób nie przesądzają o tym na jakim etapie powstaje w wyrób medyczny w zakresie Instalacji gazów medycznych, a co za tym idzie związane z tym wskazanie właściwej stawki VAT.

Tym samym, jeżeli w ramach realizacji części podstawowej nie dojdzie do dostawy wyrobu medycznego, a tak

wynika z dokumentacji postępowania, (o wyrobie medycznym możemy mówić wówczas, gdy jest możliwość objęcia go w całości procesem certyfikacji) wówczas zastosowanie znajduje 23% stawka VAT.

W zakresie części zarzutu dotyczącej wyposażenia niemedycznego i sprzętu niemedycznego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający w sposób jasny określił, jak wykonawcy mają wycenić te pozycje w Opcje 1. Ponadto Zamawiający uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego dotyczącego przedmiotowego zakresy wskazał, że: *„zamawiający w opracowanym przez niego formularzu cenowym w sposób przejrzysty pogrupował zakres, wydzielając w ramach opcji numer 1 następujące pozycje (lp. 25-27):*

- 25. „Wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych",

- 26. „Pozostałe wyposażenie medyczne i sprzęt medyczny",

- 27. „Wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny".

Z takiego podziału formularza cenowego jasno wynika bowiem, że do grupy wskazanej w poz. 27 nie należą ani wyroby medyczne wg ustawy o wyrobach medycznych (poz. 25), ani pozostałe wyposażenie medyczne i sprzęt medyczny (poz. 26). Tym samym, zakres w poz. 27 nie obejmuje wyposażenia i sprzętu, które byłyby objęte nawet w części 8% stawką podatku VAT. Obniżone stawki podatku VAT mają charakter wyjątkowy i powinny mieć zastosowanie do usług i towarów wskazanych wprost w ustawie o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być zatem wykazana w sposób niebudzący wątpliwości. Brak możliwości jednoznacznego wykazania istnienia, w okolicznościach sprawy, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu i zakresu zadania opisanego w SWZ, podstaw do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, wskazuje na zastosowanie stawki podstawowej. Do całego zakresu wskazanego w poz. 27 należało więc zastosować podstawową 23% stawkę podatku VAT. Izba podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego.

Odwołujący w swoim stanowisku wskazał, iż wydzielenie przez niego w poz. 27 podpozycji 27a i 27b, nastąpiło w oparciu o wyszczególnienie w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót – wyposażenia niemedycznego, a nie w oparciu o postanowienia formularza cenowego. Jednakże próżno szukać w SWZ jakichkolwiek postanowień wskazujących, że zamawiający wymagałby tego, aby wycena miała się opierać na innych dokumentach niż to co zostało wskazane w formularzu cenowym. Formularz cenowy jednak wyraźnie wskazywał jak ma wyglądać podział dotyczący tego elementu wyceny. Ponadto odwołujący 1 nie wyjaśnił Izbie dlaczego uważał, że w poz. 27 zidentyfikował pozycje, które powinny być według niego objęte stawką VAT 8 %. Odwołujący poprzestał w tym zakresie na własnych twierdzeniach, nie podejmując inicjatywy dowodowej. Ponadto argumentacja odwołującego w zakresie tego, iż jeśli zamawiający chciał wszystkie wyroby medyczne umieścić w poz. 25 to mógł poprawić formularz cenowy, kwalifikując wydzielenie wyrobów medycznych w poz. 27b jako omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, jest chybiona.

W kwestii zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni i zastosowania do nich 8% stawki podatku VAT – w zakresie Formularza cenowego lp. I poz. 5 w części podstawowej, lp. VI poz. 2 w opcji nr 5, lp. VII poz. 2 w opcji nr 6, lp. IX poz. 1, 2 i 3 w opcji nr 8,skład orzekający na wstępie wskazuje, że w polskim prawie krajowym, jak również w prawie unijnym, nie istnieje definicja legalna usługi kompleksowej lub usługi odrębnej, jaka mogłaby być przydatna dla ustalenia powyższej kwestii. Koncepcję opodatkowania świadczeń kompleksowych wypracował Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), zaś dla oceny odrębności usług lub ich kompleksowości konieczne jest przeanalizowanie każdej sytuacji faktycznej *ad casum*. TSUE wielokrotnie przypominał, że każda czynność powinna, co do zasady, zostać uznana za odrębną i niezależną, mając jednak na względzie funkcjonalność systemu VAT uznano, że jeżeli dwa świadczenia lub więcej są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej. W pewnych okolicznościach bowiem formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne. W konsekwencji, świadczenie kompleksowe występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy, albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielnie miałoby charakter sztuczny. Zdaniem Trybunału jest tak także, jeżeli można wskazać świadczenie główne, natomiast pozostałe świadczenia stanowią świadczenia dodatkowe – nie stanowiące dla klienta celu samego w sobie, lecz służące skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia zasadniczego. Wtedy dla celów podatku VAT świadczenia te zostają uznane za elementy tworzące jedną transakcję (por. wyroki Trybunału: z 17 stycznia 2013 r. w sprawie C-224/11, z 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11, z 11 czerwca 2009 r. w sprawie C- 572/07, z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06, z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05, z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96, z 2 maja 1996 r. w sprawie C-231/94).

Uwzględniając zatem dwie okoliczności, po pierwsze – że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za

odrębne i niezależne oraz po drugie – że transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, aby nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT, należy poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej czynności celem określenia, czy dane świadczenia stanowią kilka odrębnych świadczeń głównych, czy jednolite świadczenie kompleksowe. Jeżeli usługa składa się z wielu świadczeń, a świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru, ani wartości z punktu widzenia nabywcy – wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako niezależnie opodatkowane świadczenia. Natomiast kiedy usługa składa się z kombinacji różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na który składają się różnego rodzaju świadczenia, mamy do czynienia z usługą kompleksową. Może to wystąpić w szczególności, kiedy zamawiający jest zainteresowany zakupem danej usługi (świadczenia głównego, podstawowego), zaś inne usługi (świadczenia pomocnicze) można sklasyfikować jako stanowiące jedynie o lepszej jakości świadczenia zasadniczego, czyli pomagające w jego realizacji, pozwalające na lepsze wykorzystanie, a zamawiający nie ma celu gospodarczego nabycia świadczenia pomocniczego oddzielnie – nabywa je niejako obok, ponieważ to nie z uwagi na tę aktywność wykonawcy zamawiający decyduje się na zawarcie umowy. W konsekwencji, dla celów wymiaru podatku od towarów i usług, usługa dodatkowa scala się w jedną całość ze świadczeniem głównym, stając się jego elementem jako podstawy opodatkowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania skład orzekający stoi na stanowisku, że usługi dotyczące zagospodarowania terenów zielonych są usługami stanowiącymi część świadczenia kompleksowego, jakim jest budowa szpitala, w oparciu o przesłankę istnienia świadczenia głównego oraz niesamodzielnego świadczenia o charakterze pomocniczym. Izba podziela pogląd zamawiajcego, iż w rozstrzyganym przypadku, świadczenie dotyczące kwestii zwanych z zagospodarowaniem zieleni należy uznać za pomocnicze względem świadczenia głównego, w przypadku, gdy dla nabywcy nie stanowi ono celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu ze świadczenia głównego. Zgodnie z dokumentacją przetargową przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala, co w ocenie Izby stanowi cel udzielenia zamówienia. Usługa zagospodarowania terenów zielonych w tym przypadku nie stanowi odrębnej usługi wobec pozostałego zakresu jakim jest budowa szpitala. Dlatego też usługi te dzielą los podatkowy dla świadczenia głównego, jakim w tym przypadku jest opodatkowanie 23 % stawką podatku VAT. Nie bez zaznaczenia jest również fakt, iż prace związane z zagospodarowaniem zieleni stanowią mniej niż 1% wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zarzut 1 w całości podległ oddaleniu.

W zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty; omyłka polegająca na przeniesieniu pozycji 27b Formularza cenowego do poz. 25 Formularza cenowego, skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, aby zaistniała wada oferty miała charakter omyłki. W ocenie Izby, z ustalonego stanu rzeczy wynika, że postępowanie zamawiającego w zakresie zakwalifikowania czynności odwołującego 1 w powyższym zakresie było prawidłowe i nie można działania odwołującego traktować jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazał, iż oferta odwołującego 1 zawierała błędy w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT w poz. 27b „wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny opcji nr 1.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający jest zobowiązany poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wada oferty, o której mowa w tym artykule to niepoprawność lub błąd, który ma charakter omyłki, co nie oznacza, że użycie przez ustawodawcę określenia omyłka wskazuje, że intencją tego instrumentu jest korygowanie potocznie nazywanych „pomyłek", czyli błędów wykonawcy w zakresie tworzenia elementów oferty. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie doszło do omyłki (błędu, które może zostać poprawiony w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp), a do wpisania do oferty pozycji, niezgodnych ze wskazaniami Formularza cenowego, co poniosło za sobą niewłaściwe określenie stawki VAT.

Celem ww. przepisu jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia. Stosowanie tych przepisów powinno odbywać się z uwzględnieniem wskazanego wyżej celu.

Analiza ustalonego przez Izbę stanu faktycznego prowadzi do wniosku, że w przedmiotowej sprawie nie zostały wypełnione przesłanki poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta odwołującego 1 nie była bowiem obarczona niezamierzoną omyłką, który ma charakter oczywisty i nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Warte podkreślenia jest również to, iż powyższy przepis stosowany jest na zasadzie wyjątku. Zamawiający powinien potwierdzić w pierwszej kolejności, że oferta jest zgodna z dokumentacją zamówienia. Następnie powinien stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości co było przyczyna zaistnienia takiego działania po stronie wykonawcy składającego ofertę. W dalszej kolejności zamawiający powinien być przekonany, że istnieją sposoby poprawienia takiej omyłki w wyniku czego nie dojdzie do istotnych zmian treści oferty. Uwzględniając powyższe trzeba mieć również na uwadze, że zamawiający nie ma swobody w ustalaniu zakresu dokonywania ewentualnej poprawy. Sposób wskazany

przez odwołującego polegająca na przeniesieniu pozycji 27b formularza cenowego do poz. 25 formularza cenowego, wydaje się nie być jedynym możliwym sposobem. Istotnym jest również fakt, na który Izba zwracałam uwagę przy rozpatrywaniu zarzutu 1, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał na podstawie czego dokonał takie podziału w poz. 27.

W związku z czym zamawiający opierając się na postanowieniach formularza cenowego i dodatkowo po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego 1 z dnia 19 marca 2024 r. dotyczącymi sposobu obliczenia ceny odnośnie przyjętych w formularzu cenowym stawek VAT miał podstawy stwierdzić, że nie doszło do omyłki, która mogła w prawidłowy sposób zostać poprawiona w trybie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt XII Ga 206/08):*możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny.* W ocenie Izby, w ofercie odwołującego nie doszło do właśnie takiego uchybienia, które nie miało charakteru merytorycznego, a jednocześnie było łatwo dostrzegalne.

Argumentacja odwołującego 1 dotycząca tego, iż nie przeniósł elementów wyposażenia medycznego (wyrobów medycznych), zidentyfikowanych w poz. nr 27b do poz. nr 25 Formularza cenowego, przyjmując, że odpowiedź udzielona przez zamawiającego na pytania nr 2840-2841, dopuszcza takie rozwiązanie, a ujęcie części wyrobów w pozycji 27 lub poz. 25 pozostaje bez żadnego wpływu na treść oferty i możliwość jej oceny, jest chybiona i nie przekonała Izby w tym zakresie.

W związku z tym mając na uwadze powyższym Izba zarzut ten oddaliła.

W zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez przekazanie odwołującemu 1 wadliwej informacji o odrzuceniu jego oferty bez wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego 1, Izba analizując informację o odrzuceniu oferty, nie dopatrzyła się, aby zamawiający w tym zakresie dopuścił się naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2). Jak już Izba powyżej wskazała, czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szansy na zdobycie zamówienia publicznego. W doktrynie prawa oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż uzasadnienie faktyczne i prawne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym. (tak. wyrok KIO z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15).

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy orzeczniczej zamawiający podał obszerne uzasadnienie faktyczne i prawne. Podał i wyjaśniał czym się kierował odrzucając ofertę odwołującego 1. Poddając się lekturze dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego 1, zamawiający stwierdza, że oferta wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwych stawek podatku VAT w zakresie pozycji formularza cenowego, stanowiącego integralną część złożonej oferty, które następnie zostały przywołane. Ponadto zamawiający wskazuje, że błędy w obliczeniu ceny zostały popełnione w związku z niewłaściwymi założeniami będącymi w sprzeczności z postanowieniami SWZ. Następnie zamawiający swoje założenia poparł obszerną argumentacja.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy, wnosząc odwołanie i konstruując zarzuty, odwołujący miał pełną możliwość oceny działań podjętych przez zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty, w zawiązku z tym zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny - Wykonawca Mirbud nie określił ceny oraz składników cenotwórczych przy uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku VAT, Izba uwzględniając argumentację przedstawioną dla zarzutu 1 uznała, że zarzut ten również nie zasługiwał na uwzględnienie.

W kwestii naruszenia zarzutu 5 i 6 tj. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy wykonawca Mirbud nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do doświadczenia w realizacji budowy obiektu szpitalnego i w sytuacji gdy z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, iż podmiot udostępniający zasoby zrealizuje zamówienie w deklarowanym zakresie, pomimo braku doświadczenia podmiotu udostępniającego co do realizacji budowy obiektu szpitalnego, Izba analizując postanowienia SWZ dotyczące warunków udziału nie dopatrzyła się naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Czytając postawiony warunek przez zamawiającego, który wskazuje, iż:*„o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy. którzy wykażą, że w okresie ostatnich 10 lata przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonaniu należycie co najmniej dwie umowy, w tym:*

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu szpitalnego o kubaturze min. 50.000 m³

- przedmiotem co najmniej jednej z umów była budowa obiektu ogólnodostępnego o wartości co najmniej 70.000.000, 00 zł brutto, obejmująca co najmniej branże: konstrukcyjną, elektryczną, telekomunikacyjną i sanitarną", nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołującego 1, iż wykonawca Mirbud powołał się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby – spółkę Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (dalej zwana: „spółka Wodpol") , która to spółka nie posiada doświadczenia w zakresie wymaganym w specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż w dniu 07 maja 2024 r. zwrócił się do inwestora tj. ICZ Properties Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, z prośbą o:

a) informację, na jakim etapie budowy budynku szpitala firma WODPOL Sp. z o.o. przejęła teren budowy od firmy Aldesa;

b) informację, co obejmował zakres umowy z firmą WODPOL Sp. z o.o., tj. czy było to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, czy też to była jego odbudowa, rozbudowa, nadbudowa (zgodnie z definicją "budowy" w rozumieniu treści art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane).

W dniu 09 maja 2024 r. inwestor przekazał zamawiającemu następujące informacje:

- ad. a) Firma WODPOL Sp. z o.o. przejęła plac budowy w roku 2017 na etapie niedokończonego stanu surowego;
- ad. b) Zakres umowy obejmował Budowę Nowego Szpitala w Żywcu przy ul. Pala Lisickich wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz udzieleniem gwarancji dla całości inwestycji.

Nie ulega wątpliwości, że mając na uwadze powyższe, spółka Wodpol przejęła budowę na danym etapie w związku z tym nie była podmiotem, który zrealizował budowę od początku inwestycji do jej końca. Odwołujący podnosił w odwołaniu, że spółka Wodpol posiada doświadczenie w wykonaniu prac polegających na dokończeniu budowy budynku szpitalnego, który projektował i wykonał w największym zakresie inny podmiot. Zamawiający wymagał doświadczenia w budowie szpitala - nie dopuszczał doświadczenia polegającego na wykonaniu części prac. Izba nie podziela argumentacji odwołującego w tym zakresie. Czytając literalnie warunek udziału w postępowaniu jak również zawartą pod warunkiem „Uwagę" gdzie zamawiający wskazał, iż za budowę uważa się: budowę, nadbudowę, rozbudowę lub odbudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane art. 3 pkt 6, a w przypadku nadbudowy, rozbudowy lub odbudowy wskazany powyżej warunek odnosi się odpowiednio do części: nadbudowanej, rozbudowanej lub odbudowanej, tym bardziej zarzut odwołującego jest chybiony. Zamawiający dopuścił, każdą z wymienionych powyżej form realizacji przez wykonawcę robót budowlanych. Za nie właściwy należy uznać, taki toku rozumowania wskazujący na to, iż budowę należy utożsamiać z budową od samego początku. Z budową mamy do czynienia również w sytuacji, gdy polega ona na dokończeniu budowy, gdzie w tym przypadku przejęcie i dokończenie budowy miało miejsce na etapie niedokończonego stanu surowego.

Nadto Izba zwraca uwagę, iż zawsze zamawiający dokonując oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, musi się opierać o literalne brzmienie ukształtowanych w SWZ wymagań, co wynika z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, jako naczelnych obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. „Niewątpliwie warunki SWZ muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania takiej ich wykładni, która w konsekwencji - wbrew brzmieniu warunku - powodowałaby wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na etapie postępowania po terminie składnia ofert zmiana warunku udziału w postępowaniu, także skutkiem jego interpretacji sprzyjającej określonemu wykonawcy, na gruncie ustawy Pzp nie jest co do zasady możliwa, a za taką zmianę […] należałoby uznać chociażby dokonanie celowościowej wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SIWZ." (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2022 roku sygn. akt 3/22).

Nie może również umknąć uwadze fakt, iż referencje nie zostały w żaden sposób podważone przez odwołującego 1. Odwołujący 1 nie wykazał gdzie są rzeczone nieprawidłowości. Nie zostało w żaden sposób wykazane, że treść zobowiązania udostępnienia zasobów wykracza poza faktycznie zdobyte doświadczenie. Dlatego też spółka Wodpol udostępniała zasoby w zakresie, jakim je zdobyła poprzez wskazanie określonego zakresu prac, a twierdzenie odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. Odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu, na podstawie którego tak wywodził. Ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na odwołującym, jako na stronie wywodzącej skutki prawne z powoływanych faktów. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostał, a jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń, które nie znalazły potwierdzenia w treści przepisów ustawy Pzp i dokumentacji postępowania.

Odnośnie zarzutu nr 7 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mirbud w sytuacji, gdy wykonawca Mirbud podlega wykluczeniu z postępowania bowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia

przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Izba uznała ten zarzut za niezasadny, wskazując powyżej już przytoczoną argumentację.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż odwołujący 1 w uzasadnieniu odwołania podnosił, iż wykonawca Mirbud składając wykaz robót budowlanych, referencję dotyczącą budowy szpitala w Żywcu oraz zobowiązanie spółki Wodpol do udostępnienia zasobów, wprowadził zamawiającego w błąd, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu ponieważ Wykonawca przedstawił informacje, które są obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a które mają znaczenie dla danego postępowania. Zdaniem odwołującego 1 nie można bowiem uznać, iż budowa szpitala w Żywcu została w całości wykonana przez Spółkę Wodpol. Wykonawca przejął budowę w momencie, gdy budynek szpitala był już wybudowany i konieczne było wykonanie stolarki okiennej, prac związanych z dachem oraz wykończenia. Zdaniem Izby argumentacja odwołującego jest nietrafiona. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby przekonać Izbę o zasadności postawionego zarzutu. Odwołujący nie wykazał, które informacje zostały przedstawione jako obiektywnie nieprawdziwe, wprowadzającego zamawiającego w błąd, ponieważ fakt, iż spółka Wodpol przejęła realizacje budowy szpitala w Żywcu na etapie niedokończonego stanu surowego nie budziła wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutu nr 8 tj naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud pomimo, iż istotne elementy części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Mirbud do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do istotnych elementów części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny, Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”).* Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że *„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.* Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego Mirbud do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne. W tym stanie rzeczy zarzut ten podlegał oddaleniu.

Jeśli zaś chodzi o zarzut ewentualny dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Mirbud w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do istotnych elementów części składowych zaoferowanych prze wykonawcę ceny, Izba wskazuje iż to na odwołujący w takim przypadku ciążył obowiązek wykazania iż cena Mirbud lub jej istotna cześć jest rażąco niska. Odwołujący nie przedstawił przekonywujących dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Przedstawione przez odwołującego zestawienie i porównanie cen dla poz. 25, 26, 27 Opcji 1 zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców, nie można poczytywać jako uzasadnienie tak postawionego zarzutu. Odwołujący oparł swoje stanowisko procesowe na przypuszczeniach wskazując, iż zsumowanie wartości tych pozycji wskazuje, że wycena wyrobów medycznych, pozostałego wyposażenia medycznego i sprzętu medycznego, jak również wyposażenie niemedyczne i sprzęt niemedyczny jest znacznie zaniżona w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W dniu 24 czerwca 2024 roku odwołujący złożył pismo procesowe do którego dołączył jako załącznik nr 2 zestawienie tabelaryczne wraz z podsumowaniem w zakresie cen sprzętu poz. 25, 26, 27 Opcji nr 1 zaoferowanych przez Mirbud potwierdzający rzekomo fakt, iż elementy części składowych zaoferowanej przez wykonawcę Mirbud są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże odwołujący dalej nie przedstawił, konkretnych dowodów, a jedynie oparł się na zestawieniach ofert przygotowanych przez Mirbud. Tym samym zarzut jako nieuzasadniony podlegał oddaleniu.

Chybiony również okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Wykonawcy Mirbud pomimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odrzucenie oferty jest najdotkliwszą sankcją dla wykonawcy. Tym bardziej odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a istnienie jedynie jego podejrzenie jest niewystarczający. Izba wskazuje ponownie, iż to na odwołujący w takim przypadku ciążył obowiązek wykazania, że oferta Mirbud został złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w uzasadnieniu wskazuje, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, iż wykonawca Mirbud celowo zniżył ceny za materiały niezbędne do realizacji zamówienia wyłączenie w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. To zdecydowanie za mało. Wskazywanie, że ceny zostały zaniżone w stosunku do cen dostępnych na rynku i oferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie poparte dowodami prowadzi w konsekwencji do nieuwzględnienia zarzutu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że manipulacja cenowa zastosowana został przez Mirbud, a wskazanie iż wykonawca Mirbud zaoferował ceny w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia nie znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym. Zaniżenie cen do poziomu wskazanego przez Mirbud, jest nierealne w warunkach rynkowych i gospodarczych obecnie występujących, jest argumentacją niewystarczającą, aby uznać iż odwołujący w tym zakresie ma rację.

W konsekwencji oddalenia ww. zarzutów, oddaleniu podlegał również zarzuty dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp i art. 16 ustawy Pzp, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że zamawiający powinien dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która ustalonym stanie rzeczy podlegała odrzuceniu.

Sygn. akt. 1509/24

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego 2 pomimo, że oferta: jest zgodna z warunkami zamówienia oraz że nie zawiera błędu w obliczeniu ceny (tj. odwołujący zastosował prawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych), Izba już częściowo przedstawiła powyżej swoją argumentacje w zakresie przyjęcia prawidłowej stawki VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych w ramach sprawy o sygn. akt: KIO 1506/24. Odwołujac się jednak do argumentacji stanowiska odwołującego 2 Izba wskazuje, co następuje.

Odwołujący przyjął w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych", iż właściwą stawką VAT jest stawka 23%. Sporną kwestią na gruncie rozpatrywanej sprawy okazało się, czy w ramach uruchomienia przez zamawiającego Opcji nr 1 (o czym mowa jest w §15 ust. 5 wzoru umowy), możliwe jest zlecenie wykonania części instalacji gazów medycznych, która to część nie będzie stanowiła kompleksowego wyrobu medycznego. Odwołujący 2 w swojej argumentacji podnosił, iż z SWZ nie wynika, że w ramach zlecenia części Opcji nr 1 dot. instalacji gazów medycznych każdorazowo zlecony zostanie zakres pozwalający na kompleksową instalację gazów medycznych, która po zakończonym z sukcesem procesie certyfikacji uzyska status wyrobu medycznego klasy IIB. Dlatego teżodwołujący 2 uznał, że z tego powodu poprawną stawką VAT za wykonanie instalacji gazów medycznych w ramach Opcji nr 1 poz. 20 jest stawka 23 %.

Odwołujący 2 wskazywał, iż zmawiający zastrzegł możliwość skorzystania z prawa opcji w niepełnym zakresie (§ 15 ust. 3 wzoru umowy). Zgodnie z § 15 ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający może uruchomić:
– jedną opcję lub jej część,
– kilka opcji (bez względu na to czy poszczególne opcje będą uruchamiane w całości czy w części),
– wszystkie opcje.
Tym samym oznacza to, według odwołującego 2, że zamawiający może zlecić wykonanie Opcji nr 1 w części.

Odwołujący dalej podkreślił, iż w uwagach do Opcji 1 zawartych w Załączniku nr 15 (str. 13) zamawiający doprecyzował sposób częściowego skorzystania z Opcji nr 1. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do odrębnego uruchomienia poszczególnych części opcjonalne, przy czym za część uważa się:
- wykończenie docelowe jednego lub kilku działów lub oddziałów,
- pojedynczą jednostkę wyposażenia.
Odwołujący 2 argumentował, iż wskazanie właśnie na pojedynczą jednostkę wyposażenia sugeruje, iż instalacja gazów medycznych w Opcji 1, może nie być zlecona w całości.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego 2 wynika, iż zamawiający będzie miał na etapie realizacji umowy, możliwość podjęcia decyzji o ewentualnym uruchomieniu opcji nr 1 lub jej części, zaś jak wynika z informacji zawartej na str. 13 załącznika nr 15 do SWZ za część uważa się m.in. wykończenie docelowe jednego lub kilku działów lub oddziałów. Nie ulega więc wątpliwości zdaniem zamawiającego, że bez względu na to, czy zamawiający uruchomi Opcję nr 1 w zakresie instalacji gazów medycznych w całości, czy tylko jej część, ale cześć w rozumieniu np. jeden z 12

projektowanych oddziałów szpital, to uruchomiona Opcją nr 1 część (element) zadania w zakresie instalacji gazów medycznych zawsze będzie docelowo podlegała obowiązkowi certyfikacji dla wyrobu medycznego zgodnie z wymogami załącznika nr 15 do SWZ i zawsze końcowo doprowadzi do dostawy kompletnego wyrobu medycznego.

Izba uznała za zasadną argumentację zmawiającego przedstawioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego 2 z dnia 17 kwietnia 2024 r., która wskazuje, iż odwołujący błędnie założył, iż zamawiający może w ramach Opcji 1 zlecić tylko część danej instalacji gazów medycznych, która to nie będzie uprawniać do zastosowania preferencyjnej stawki VAT. Zamawiający potwierdził również na rozprawie, iż pojedynczą jednostkę wyposażenia, jest element wyposażenia, np. krzesło, a nie tak jak wyinterpretował to odwołujący 2, że jest to pojedyncza jednostka wyposażenia wchodząca w skład instalacji gazów medycznych. Zamawiający także wskazał na rozprawie, iż na podstawie dokumentacji postępowania wykonawcy mogli wywieść, co jest pojedynczą jednostkę wyposażenia. Zamawiający podkreśli, również że informacje dotyczące pojedynczych jednostek wyposażenia znajdują się np. w załączniku nr 9 projekt wykonawczy, cz. 11 technologia medyczna (zbiorcze zestawienie wyposażenia).Odwołujący nie odparł tych twierdzeń. Nie wykazał zatem, że pojęciu pojedyncza jednostka wyposażenia należy przypisać rozumienie prezentowane przez odwołującego 2.

Należałoby również zwrócić uwagę na to, iż jeśli wykonawca miał wątpliwości co do treści dokumentacji postępowania mógł, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 Pzp, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia SWZ. Wobec braku zapytań wykonawców, zamawiający ma uzasadnione prawo sądzić, że specyfikacja warunków zamówienia jest dla wykonawców zrozumiała i nie budzi ich wątpliwości, dlatego też zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

W związku z tym, iż odwołującego 2, nie udowodnił swoich twierdzeń, iż zamawiający zlecając wykonanie części Opcji 1, może tym samym zlecić wykonanie tylko części Instalacji gazów medycznych, co w konsekwencji doprowadzi do niewykonania w całości tej instalacji, dlatego też zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał też zarzut nr 2, dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex oraz oferty Mirbud pomimo, że oferty te są niezgodne z warunkami zamówienia oraz zawierają błąd w obliczeniu ceny, tj. wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20 „Instalacja gazów medycznych, a w ofercie Budimex występuje przekroczenie limitu wartości Opcji 4, które nie kwalifikuje się do poprawienia jako inna omyłka w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w ofercie Mirbud w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny Opcji nr 2 - nr 8 na jednakowym poziomie. Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią zastrzeżeń umieszczonych w formularzu cenowym, zamawiający wskazał, co się stanie w przypadku gdy wykonawca przekroczy wskazaną maksymalną wartość Opcji nr 1-8: *„Jeżeli Wykonawca przekroczy którąkolwiek ze wskazanych dopuszczalnych maksymalnych wartości opcji (nr 1-8), wskazanych w kolumnie 7. ("uwagi"), Zamawiający obniży przekroczoną kwotę wskazaną dla danej opcji do maksymalnej dopuszczalnej wartości tej opcji, a różnicę między wartością przekroczoną a maksymalną dopuszczalną doda do pozycji "Budynek szpitala" w zakresie części podstawowej. Czynność ta zostanie dokonana w trybie poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.”*

Na podstawie powyższego zamawiający przewidział, że w przypadku ziszczenia się warunków określonych w SWZ obniży przekroczoną kwotę wskazaną przez wykonawcę dla danej Opcji do maksymalnej dopuszczalnej wartości tej Opcji, a różnicę między wartością przekroczoną, a maksymalną wskazaną doda do części podstawowej. Zamawiający nie określił żadnych innych limitów, a zatem całą wartość różnicy zamawiający miał prawo przesunąć zgodnie z przewidzianym wzorem. Tym samym zasady działania zamawiającego w przywołanym powyżej przypadku były jasno i klarownie określone.

Dlatego też Izba nie podziela argumentacji odwołującego 2, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy działanie zamawiającego w zakresie przekroczenie limitu wartości Opcji 4 przez Budimex było nieuprawnione, dlatego że wskazana niezgodność nie mieści się bowiem w definicji „innej omyłki”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Izba wskazuje, iż argumentacja odwołującego jakoby nadwyżka z Opcji 4 przesunięta do zakresu podstawowego powodowała istotną zmianę treści oferty, bowiem Budimex otrzyma tę kwotę z Opcji 4 wraz z zakresem podstawowym, w przypadku gdy opcja 4 nie zostanie uruchomiona, jest chybiona. Zamawiający ustalił reguły swojego postępowania w SWZ i wszystkim wykonawcom te zasady były znane w momencie składania ofert. Zamawiający dokonując takiego przesunięcia zadziałał dokładnie tak, jak wcześniej to nakreślił w SWZ, tym samym nie mógł inaczej postąpić. Dlatego też nie doszło do naruszania przepisów ustawy Pzp, tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Odwołując się do kolejnego zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty Mirbud jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta: (i) jest niezgodna z warunkami zamówienia (w ofercie Mirbud w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny Opcji nr 2- nr 8 w jednakowych kwotach), (ii) zawiera błąd w obliczeniu ceny (Wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę VAT w Opcji 1 poz. 20

„Instalacja gazów medycznych") oraz (iii) zawiera rażąco niską wycenę poz. 25 Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych (Opcja nr 1), Izba częściowo uwzględniła ten zarzut uznając go za zasadny.

Wykonawca Mirbud w formularzu cenowym wycenił Opcje nr 2 - nr 8 na jednakowym poziomie. Zamawiający w załączniku nr 15 „Opis podziału zadania na cześć podstawową i na cześć objętą prawem opcji" opisał w sposób szczegółowy co dana Opcja winna zawierać. Tak więc:

1)Opcja nr 2 przedmiotem, której jest instalacja PV na dachu - budowa instalacji paneli fotowoltaicznych na dachu szpitala.;
2)Opcja nr 3 przedmiotem, której jest instalacja paneli solarnych na dachu;
3)Opcja nr 4 przedmiotem, której jest instalacja źródła ciepła i instalacja źródła chłodu w budynku szpitala;
4)Opcja nr 5 przedmiotem, której jest instalacja PV naziemna;
5)Opcja nr 6 przedmiotem, której jest zieleń na terenie działki 657/2 obr. Ligota Zabrska;
6)Opcja nr 7 przedmiotem, której jest – elementy małej architektury na terenie działki 657/2 obr. Ligota Zabrska;
7)Opcja nr 8 przedmiotem, której jest zagospodarowanie terenu działek 658/2, 224, 226 obr. Ligota Zabrska.

Co za tym idzie zamawiający również dał wyraz swoim wymaganiom w konstrukcji formularza cenowego, uwzględniając powyższe, a dodatkowo w Opcji 4, 5, 6 i 8 zamawiający wyszczególnił dodatkowe podpozycje, które należało uwzględnić w wycenie. Wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zatem powinni wycenić poszczególne pozycje w sposób realny i rzeczywisty uwzględniając wszystkie wymagania zamawiającego, dotyczące zakresu realizacji prac danej Opcji. Dlatego też w ocenie Izby wycena dokonana przez Mirbud każdej z opcji na identycznym poziomie powinno wzbudzić u zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości wyceny, mając na uwadze wymagania dotyczące każdej z opcji opisane w załączniku 15. Bez dogłębnej analizy jaki zakres prace zawiera dana opcji można stwierdzić, że zakres prac dla każdej z Opcji jest zupełnie różny, co tym bardziej wskazuje, iż wycena na jednakowym poziomie Opcji nr 2 - nr 8 jest wręcz niemożliwa.

Konkludując Izba uznała, iż odwołujący 2 wykazał, że po stronie zamawiającego powinny powstać wątpliwości związane z wyceną na jednakowym poziomie Opcji nr 2- nr 8 przez Mirbud, tym samym zarzut w tym zakresie był zasadny.

Izba również uznała za zasadny zarzut w części dotyczącej rażąco niskiej ceny poz. 25 - Wyroby medyczne w Opcji 1, a tym samym również i zarzut nr 4. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie zamawiającego co do tego, że dana cena wydaję się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, w gdzie wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (tak: wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., KIO 2678/18). Z takim przypadkiem mamy odczynienia w niniejszej sprawie w zakresie poz. 25 Opcji 1 - Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych.

Izba wskazuje, iż okoliczność znacznych różnic między cenami zaoferowanymi przez wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie poz. 25 Opcji 1, powinna skłonić zamawiającego do pogłębionej analizy złożonych ofert. Nie można oczywiście tracić z pola widzenia tego, iż różnice pomiędzy cenami poszczególnych wykonawców są elementem gry rynkowej, uzyskanych rabatów czy wielomiesięcznych negocjacji z potencjalnymi dostawcami sprzętu medycznego. Kalkulacje cen w różnych postępowaniach nie muszą być oparte o tożsame ceny jednostkowe, co nie wyklucza jednak sytuacji, uwzględniając zwłaszcza aktualne uwarunkowania związane z powszechnym wzrostem cen, w której okoliczności te mogą, a nawet powinny mieć wpływ na ocenę zamawiającego danej oferty i powzięcie przez niego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia w tej pozycji za zaoferowaną cenę. Argumentacja Mirbud, iż jednym z powodów zaoferowania zamawiającemu korzystnych cen za sprzęt medycznych jest to, iż sprzęt

ten posiada starszą datę produkcji, nie przekonała Izby w tym zakresie.

Zdaniem Izby różnice pomiędzy kwestionowanymi składnikami ceny wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a cenami innych wykonawców biorących udział postepowaniu, w tym odwołującego 2 były na tyle duże, że powinny wpłynąć na powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Stanowisko zamawiającego wskazujące, iż obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, materializuje się jedynie w przypadku, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy, nie przekonało w tym przypadku Izby. To, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie miał obowiązku zwrócenia się do Mirbud o wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp, nie oznacza, że w świetle obiektywnych okoliczności takich wątpliwości nie powinien powziąć i wezwać wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1.

Mając na uwadze powyższe tym bardziej nie można ferować argumentem, iż średnia wartość netto Opcji nr 1 wynosi 413 721 380,60 zł i cena ta jest zatem jedynie ok 7% większa niż cena zaoferowana przez Mirbud to działanie zmawiającego nie naruszyło uregulowań ustawy Pzp. W tym przypadku również Izba uznała, iż bez znaczenia jest fakt, na który powoływał się zamawiający, mający przemawiać za prawidłowością jego działania, to argument że forma wynagrodzenia ma charakter ryczałtowy. To, że cena zaoferowana przez Mirbud zawiera wszystkie koszty jakie poniesie wykonawca w związku z realizacją zamówienia, nie przesadza o tym, iż cena ta może ostatecznie być ceną rażąco niską.

Konkludując zamawiający uznając, że zaoferowana cena ryczałtowa obejmuje wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia i że wykonawca za zaoferowaną cenę jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z projektem budowalnym załączonym do SWZ, a tym samym skoro cena całkowita nie wskazuje na cenę rażąco niską, to zamawiający ma prawo również na tej podstawie tak sądzić co do poz. 25 w Opcji 1, działał nieprawidłowo. Izba dostrzega, iż pozycja 25 z Opcji 1 przy realizacji zamówienia jakim jest budowa szpitala stanowi istotną część zamówienia, a ponadto jest to co do zasady druga pod względem wysokości kosztów pozycja w formularzach cenowych wykonawców.

Dodatkowo odwołujący 2 w piśmie procesowym z dnia 24 czerwca 2024 roku przedstawił szczegółową analizę poz. 25 Opcji 1 tj. „Wyroby medyczne wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych" wraz obszernym zestawieniem sprzętów medycznych. Podkreślił, iż realizacja tej części zamówienia polega na zakupie od producentów lub importerów wyrobów medycznych o określonych parametrach, które zostały szczegółowo określone przez zamawiającego. Odwołujący przedstawił szereg ofert od różnych dostawców/producentów, które po wnikliwiej analizie z zestawieniami i ofertami producentów/dostawców zaprezentowanych przez wykonawcę Mirbud jako kontrdowód na to, iż jego cena nie jest ceną rażąco niską, ostatecznie nasuwają wątpliwości co do ceny zaproponowanej w poz. 25 Opcji 1 przez Mirbud.

Dlatego też mając na uwadze powyższe, jak również użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" i nie tracą z pola widzenia wskazania, iż wrażenie zamawiającego charakteryzują się dużym stopniem subiektywności, Izba doszła do przekonania, iż cena zaproponowana przez Mirbud powinna budzić wątpliwości zamawiającego. Istotne jest co prawda, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jednakże zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (tak: wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3710/21). Zdaniem Izby odwołujący 2 wykazał, że faktycznie wątpliwości te zamawiający powinien był powziąć, a zatem postawiony zarzut należało uznać za uzasadniony.

Zarzut nr 5 wskazujący na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD pomimo, że w ofercie MIRBUD cena poz. 25 dla Opcji nr 1 „Wyroby medyczne według wskazań ustawy o wyrobach medycznych" jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmioty zamówienia i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu zamówienia za cenę wskazaną przez MIRBUD, mając na uwadze przepisy ustawy Pzp, jest zarzutem przedwczesnym, czemu dała wyraz Izba już w argumentacji zaprezentowanej powyżej, w związku z tym, zarzut ten zasługiwał na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 wskazującego na naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez istotną zmianę treści oferty Budimex wskutek poprawienia w trybie innej omyłki błędu polegającego na przekroczeniu limitu wartości Opcji nr 4 i przeniesienie kwoty w wysokości prawie 5 mln zł, stanowiącej nadwyżkę ponad limit do zakresu podstawowego, w ocenie Izby analiza okoliczności sprawy dokonana na potrzeby rozpoznania zarzutu nr 2, w którym jest wskazane, iż w ofercie Budimex występuje przekroczenie limitu wartości Opcji 4, które nie kwalifikuje się do poprawienia jako inna omyłka w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3, wskazuje iż zamawiający nie naruszył przywołanego przepisu ustawy Pzp. W zakresie tego zarzutu właściwa jest argumentacja, o której mowa powyżej w ramach zarzutu nr 2 i nie zasadne jest jej powielanie.

Konkludując, zamawiający wykonał czynności zgodnie z dokumentacją postępowania, tym samym zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

Odnośnie zarzutu nr 7, Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Izba podtrzymuje swoja argumentację wskazaną powyżej przedstawioną w zakresie zastosowania właściwej stawki VAT dla Opcji 1 poz. 20 – Instalacja gazów medycznych. W związku z tym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień Budimex i Mirbud z dnia 19 marca 2024 r, ponieważ z wyjaśnień tych wynika iż wykonawcy ci zastosowali właściwą stawkę VAT dla Opcji 1 poz. 20 – Instalacja gazów medycznych.

W odniesieniu do zarzutu nr 8, Izba uznała ten zarzut w części za zasadny w odniesieniu do wykonawcy Mirbud tj poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień MIRBUD w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu weryfikacji zgodności ofert z warunkami zamówienia oraz sposobu kalkulacji cen pomimo, że (i) w ofercie MIRBUD w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonano wyceny w jednakowych kwotach Opcji nr 2 - nr 8 oraz cena istotnej części składowej zamówienia jest rażąco niska (poz. 25 Wyroby medyczne według wskazań Ustawy o wyrobach medycznych). W odniesieniu do wykonawcy Budimex tj poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Budimex w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu weryfikacji zgodności ofert z warunkami zamówienia oraz sposobu kalkulacji cen pomimo, iż w ofercie Budimex występuje przekroczenie limitu wartości Opcji 4, które nie kwalifikuje się do poprawienia jako inna omyłka w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba zarzut ten oddaliła.

W zakresie tego zarzutu właściwa jest argumentacja, o której mowa powyżej w ramach zarzutu nr 3 i zarzutu nr 2 i nie zasadne jest jej powielanie.

Sygn. akt KIO: 1534/24

Odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazanego przez odwołującego 3, a dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mirbud, pomimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie stanowiącym istotną część składową oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, Izba ponownie wskazuje, iż

niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że zamawiający nie wzywał przystępującego Mirbud do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne, a tym samym zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Skład orzekający, również oddalił zarzut ewentualny, gdzie odwołujący 3 wskazywał na naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mirbud do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie Opcji nr 4 formularza cenowego złożonego przez Mirbud.

Z treści tak postawionego zarzutu wynika, iż dotyczy on zaniechania wezwania Mirbud do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w zakresie Opcji nr 4.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przypadku Opcji nr 4, skład orzekający stoi na stanowisku, iż w tym przypadku nie można mówić o istotnej części składowej ceny. Całkowita wartość Opcji nr 4 nie mogła, zgodnie ze wskazaniami zamawiającego przekroczyć wartości 1% całego zadania, gdzie Opcja nr 4 składa się łącznie z 4 pozycji.

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający zmodyfikował treść dokumentacji postępowania, co wymusiło na wykonawcach zmianę przyjętych wcześniej do wyceny w ramach tej opcji założeń. Odwołujący wyjaśnił, że w Opcji nr 4 w ramach wspomnianej modyfikacji załącznika nr 15 należało wycenić urządzenia w węźle ciepła i chłodu, które nie znalazły się we wcześniejszym przedmiarze robót udostępnionym przez zamawiającego. Odwołujący dalej wskazywał, iż dla nowych elementów pozyskał oferty z rynku na dostawę urządzeń bądź na realizację robót wraz z materiałem, co znalazło odzwierciedlenie w przedstawionych przez odwołującego 3 dowodach. Wartość głównych urządzeń bez kosztów serwisów i montażu wynosi blisko 2,5 mln zł i wartość robót towarzyszących wynosi ok. 3 mln zł, w zestawieniu

z ceną zaproponowaną przez Mirbud, zdaniem odwołującego 3 wskazuje na rażąco niską cenę. Jednakże w tym miejscu należy podkreślić, iż Mirbud również przedstawił 3 różne oferty, pochodzące od trzech różnych podmiotów dotyczące wyceny Opcji 4 dowodzące, iż cena przez niego zaproponowana jest ceną realną i możliwą do osiągniecia.

Należy także zwrócić uwagę na to, że sama dysproporcja pomiędzy poszczególnymi cenami wykonawców nie może powodować, tego iż cena jednego z nich zostanie automatycznie uznana za rażąco niską. Okolicznością notoryjną jest fakt, że różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz różnym doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców i różnice te, jak podpowiada doświadczenie, potrafią być dużo zróżnicowane. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w wyjaśnieniach zaprezentowanych przez Mirbud, gdzie wskazano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla wykonawcy, które potwierdziły przedstawione dowód. Dowód ten Izba uznała za wiarygodny i udowadniający realny poziom zaoferowanej ceny w zakresie Opcji 4.

Dlatego też Izba doszła do przekonania, iż po pierwsze nie można w tym stanie rzeczy uznać, iż Opcja 4 jest istotną częścią składową ceny, a po drugie zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym, a odwołujący 3 temu ciężarowi nie sprostał. Nie zostało wykazane, zarówno że Opcja 4 jest istotną częścią składową ceny, jak i to że cena Mirbud jest na rażąco niskim poziomie, z tego też powodu zarzut został oddalony przez skład orzekający.

Ponadto na marginesie należałoby wskazać, iż jedynie cena odwołującego 3 za realizację Opcji nr 4 odbiega znacząco od cen pozostałych czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Ceny przez nich wskazane właściwie są na podobny, zbliżonym do siebie poziomie, co również może wskazywać, że wycena odwołującego nie może stanowić odniesienia dla oceny rynkowego charakteru wycen.

W następnej kolejności odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż w części zarzutu odnoszącego się do odrzucenia oferty Mirbud ze względu na fakt, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla wyrobów medycznych ujętych w ramach formularza cenowego, to kwestia ta został już szeroko omówiona i Izba powyżej przestawiła stanowisko w ramach sprawy o sygn. akt: 1506/24. Podobnie rzecz się ma z zarzutem dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Mirbud na podstawie tego, iż zawiera rażąco niską cenę w zakresie pozycji nr 25 w Opcji nr 1 cenę i Izba w tym zakresie odsyła do uzasadnienia sygn. akt: 1506/24 wskazując jedynie, że żądanie odrzucenia oferty na tej podstawie należało ocenić jako przedwczesne.

W kwestii zarzutu ewentualnego wskazującego naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mirbud do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie pozycji nr 25 i pozycji nr 26 formularza cenowego złożonego przez Mirbud, zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie z uwagi na niewłaściwą konstrukcję oraz brak uzasadnienia.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby i sądów okręgowych zarzut odwołania to zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Skupienie się na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez zmaterializowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesionego.

Krajowa Izba Odwoławcza jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat skonkretyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie. O treści zarzutu decyduje nie tylko kwalifikacja prawna, ale zasadniczo przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie.

Odwołanie jako środek ochrony prawnej ma na celu kontrolę poprawności działań zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp, ale wyłącznie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania, o czym stanowi art. 555 Pzp. Obowiązkiem odwołującego jest zatem wskazać kwestionowaną przez niego czynność oraz, przede wszystkim, podniesione zarzuty. Ponadto zgodnie z ustawą Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w *petitum* odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu

faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt VI Ga 60/17), który w obecnym stanie prawnym również nie traci na aktualności: „Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Przy czym o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu – podstawy prawnej, jako że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej. O zarzucie odwołania decydują zatem także przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne i opis popełnionych nieprawidłowości." Zgodnie z orzeczeniami Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia (wyrok z 24 marca 2014 r., sygn. akt III CSK). Granice rozpoznania sprawy przez KIO i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje odwołujący.

Odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się stron postępowania do rozprawy, jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi, bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego oraz zawierającej informację na temat podnoszonych niezgodności nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.

Zgodnie ustawą Pzp to odwołujący jest zobowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak wyrok KIO z dnia 20 listopada 2020 r. sygn. akt 2859/20)

Odwołujący 3 zarzuca naruszenie art. 223 ust.1 ustawy Pzp, jednakże odwołujący poprzestał wyłącznie na podstawie prawnej zarzutu, przy czym nie przytacza właściwie żadnych okoliczności faktycznych, a nawet nie próbuje wykazać, z jakich względów zamawiający powinien żądać od wykonawcy Mirbud wyjaśnień dotyczących treści złożonej ofert w zakresie poz. nr 25 i poz. nr 26 formularza cenowego, na podstawie przywołanego przepisu. Zasadnicza część uzasadnienie skupia się na zarzucie rażąco niskiej ceny. Brak jest korelacji miedzy zarzutem odwołania wskazanym w petitum dotyczącym art. 223 ust. 1, a uzasadnieniem oraz stanowiskiem odwołującego 3 zaprezentowanym na rozprawie gdzie wybrzmiewała kwestia zaniechania wezwania Mirbud do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący co prawda w uzasadnieniu wskazuje, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie tego, co tak naprawdę zostało ujęte w ramach pozycji nr 25 Opcji 1 z 8% podatkiem VAT i z jakiego powodu wykonawca Mirbud w sposób tak rażąco niski wycenił tę pozycję. Podkreślił również że, obowiązek podania prawidłowej stawki podatku VAT obciąża podatnika (wykonawcę), a w aktualnym postępowaniu obowiązek ten wprost przekłada się na kwalifikację określonych wyrobów medycznych do pozycji nr 25 formularza ofertowego (z 8% stawką podatku VAT) lub do pozycji nr 26 (ze stawką VAT 23%). W ocenie odwołującego 3, Mirbud niewłaściwie przypisał stawkę podatku VAT dla części sprzętu medycznego wg wskazań Ustawy o wyrobach medycznych i w związku z tym ujął w pozycji nr 25 tylko części wyposażenia, jakie miało zostać ujęte w tej pozycji. Odwołujący dalej wskazuje, iż Mirbud „przerzucił" część kosztów, które należało uwzględnić w ramach pozycji nr 25 do pozycji 26. Odwołujący nie wykazał, czym zamawiający miałby się kierować wzywając Mirbud do złożenia wyjaśnień treści oferty i czego miałoby to wezwanie dotyczyć. W konsekwencji powyższego postawiony zarzut został oddalony.

Ostatnim z zarzutów był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mirbud, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba tak jak powyżej wskazała, w związku z tym i odrzucenie jest bardzo dotkliwą sankcją dla wykonawcy, tym bardziej odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a istnienie jedynie jego przypuszczenia jest niewystarczające.

Odwołujący 3 podkreśli, iż na kanwie niniejszej sprawy można mówić o działaniu Mirbud sprzecznym z dobrymi

obyczajami ze względu na okoliczność podjęcia świadomej decyzji o przerzucaniu określonego wyposażenia do innej pozycji w celu przypisania tym elementom innej stawki VAT, manipulowaniu wartościami i określanie ich sztucznego przyporządkowania, a wreszcie, celowego zaniżania konkretnych pozycji, co miało wpływ na wystąpienie w co najmniej dwóch pozycjach ceny rażąco niskiej.

Odwołujący w związku z taki twierdzeniami zobowiązany był je udowodnić, jednakże odwołujący nie sprostał w tym zakresie ciężarowi dowodu. Swoją argumentacje oparł na przypuszczeniach, które nie znajdują odzwierciedlenia w materiale dowodowy. Dlatego też bez przedstawienia właściwego dowodów, same gołosłowne stwierdzenia, to za mało do wywiedzenia skuteczności wskazanego zarzutu. Powyższe powoduje, że Izba nie miała podstaw do podzielenia argumentacji odwołującego.

Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W związku z tym, iż odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1506/24 i KIO 1534/09 Izba oddaliła, dlatego też o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

O kosztach postępowania w sprawie sygn. akt KIO 1509/24, Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 3/8 do 5/8 to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 3/8 i odwołującego w części 5/8.

Ponadto Izba nie uwzględniał kosztów dojazdu zgłoszonych przez zamawiającego po zamknięciu rozprawy. To w interesie strony jest dochowanie obowiązku złożenia wszystkich dokumentów potwierdzających poniesione koszty o ich zasadzenie do czasu zamknięcia rozprawy. Brak dochowania tego obowiązku uniemożliwiało Izbie jego uwzględnienie. Możliwość przyjmowania jakichkolwiek dokumentów składanych po zamknięciu rozprawy, wynikałaby wyłącznie z uzasadnionego wniosku o jej ponowne otwarcie, co nie zachodzi w ustalonym stanie rzeczy.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

……

……