

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 marca 2024 roku**

przez wykonawcę **Constructo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rogówku** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Pleszewskie Centrum Medyczne**

w Pleszewie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego: **Andbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie** (Przystępujący)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie**

w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Constructo Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rogówku tytułem wpisu od odwołania,

a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego **Constructo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Rogówku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Pleszewskiego Centrum Medycznego**

w Pleszewie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie na rzecz Odwołującego - **Constructo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Rogówku kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą część uzasadnionych kosztów Strony poniesionych tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

.....

KIO 924/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o.o. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP/00528005/01 z dnia 1 grudnia 2023 roku.

W dniu 20 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Constructo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rogówku, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w związku z czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego

w postępowaniu polegającymi na:

- 1.nie zgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie, mimo że oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - 2.nie zgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy Andbud, mimo że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
 - 3.nie zgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy Andbud, mimo że oferta wybranego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny,
 - 4.zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - 5.zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud, która to oferta zawiera błąd w wyliczeniu ceny,
 - 6.zaniechaniu wezwania Wykonawcy Andbud, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych
 - 7.niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
- w postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu w dniu 15 marca 2024 r., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom z art. 515 ust. 1 pkt. 1 a) ustawy Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego. Odwołujący posiada potencjał, wiedzę i doświadczenie umożliwiające uzyskanie zamówienia. Ponadto oferta Odwołującego jest ważna, nie podlega odrzuceniu i znajduje się na drugim miejscu

w przyjętym kryterium oceny ofert. Uzyskanie i realizacja zamówienia umożliwi Odwołującemu realizację zysku. Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia, która jednak może zostać zniweczona na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, które uniemożliwiają udzielenie zamówienia Odwołującemu, posiadającemu wymagane kwalifikacje, doświadczenie i spełniającemu warunki udziału w postępowaniu.

W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Andbud do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w cenie oferty,
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Andbud, mimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Andbud do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
- 4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości,
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Andbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10 ustawy Pzp, ewentualnie
- 4.nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy - Andbud do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Andbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 29 lutego 2024 r. działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp skierował do Wykonawcy Andbud wezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej. Zamawiający w tytule wyjaśnień wskazał, że wezwanie dotyczy „kosztorysu ofertowego podstawowego obejmującego branżę elektryczną w pozycji nr 178”, jednak z treści wezwania wynika, że cena oferty Wykonawcy Andbud była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zamawiający wyraźnie wskazał w wezwaniu, że wzywa do złożenia

wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów.

Wykonawca Andbud wyjaśnił lakonicznie, że: „*Rażąca niska cena w kosztorysie ofertowym podstawowym branży elektrycznej w poz. 178 wynika z pomyłki ludzkiej, popełniliśmy tak zwany czeski błąd i nie dopisaliśmy jednej liczby. Koszt wykonania szachtów elektrycznych oraz węk instalacyjnych dla rozdzielni elektrycznych zamykanych drzwiami powinien wynosi 4500 zł dla 1 kpl, a nie jak było w ofercie 500 zł, co daje wartość pozycji 178 równą 13500 zł netto. Nie zauważyliśmy tej pomyłki przed składaniem oferty ze względu na duży zakres prac oraz zmiany wynikłe w czasie przetargu.*”

Wykonawca zatem zmienił treść oferty, ale nie dokonał wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która zgodnie z wezwaniem Zamawiającego – była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, mimo ciążącego na nim obowiązku w tym zakresie – zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W art. 224 ust. 4 Pzp wskazano, że w przypadku zamówień na roboty zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Oznacza to, że w zakresie zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający zawsze, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 PZP, zobowiązany jest żądać od wykonawcy podania co najmniej informacji w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wprawdzie ustawa pzp nie nakłada wprost na wykonawcę obowiązku złożenia wyjaśnień w tym zakresie, niemniej jednak biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, należy wywieść, że obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnić w składanych wyjaśnieniach okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP, jeśli zostanie przez zamawiającego do tego wezwany.

Zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnień Andbud zobowiązany był wykazać i udowodnić oszczędności wynikające z metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomocy publicznej, udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca przewidział obowiązek odrzucenia, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, m.in. oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W postępowaniu Andbud w zasadzie nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu przez Zamawiającego, a pamiętać należy, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest dołożenie wszelkiej staranności,

by wyjaśnienia te zawierały wszystkie informacje, których oczekuje zamawiający, a ponadto wyjaśniały wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, oraz powinny zostać poparte dowodami.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (wyr. KIO z 7.3.2022 r., KIO 421/22, Legalis).

W świetle powyższego, Zamawiający w dniu 29 lutego 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a następnie Wykonawca nie udzielił tych wyjaśnień w sposób pozwalający na usunięcie domniemania rażąco niskiej ceny, a nadto nie załączył żadnych dowodów na poparcie wyjaśnień. Nieudzielenie wyjaśnień zgodnie z żądaniem zamawiającego, w tym wyjaśnień dot. minimalnych wymagań w zakresie wynikającym z art. 226 ust. 3 pkt 4 i 6 o którym mowa w art. 224 ust. 4 PZP, powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Andbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Tymczasem Zamawiający, mimo iż wyczerpał procedurę wzywania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w dniu 14 marca 2024 r. ponownie wezwał Andbud do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwanie należy uznać za czynność naruszającą przepisy ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień

musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Ponowne wezwanie nie będzie uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania, a ponadto nie zawierające żadnych dowodów potwierdzających te wyjaśnienia.

Ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny było niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, a także co istotne stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem Andbud otrzymał dodatkową szansę na poprawienie i złożenie wyczerpujących wyjaśnień, wbrew przepisom ustawy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Andbud złożył ponownie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przy czym przedstawione wyjaśnienia były lakoniczne i nie stanowiły odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Wykonawca lakonicznie oświadczył, że

„W nawiązaniu do wezwania z dnia 14.03.2024 oświadczamy, iż oferta złożona przez ANDBUD Sp. z o.o. , ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew w imieniu której działa A.B.- Prezes Zarządu została przygotowana z należytą starannością, a zaoferowana cena rzetelnie skalkulowana z zachowaniem standardów, stawek i dobrych praktyk w branży.

W kalkulacji uwzględniliśmy wszystkie koszty składowe takie jak: koszty nabycia towarów, transportu, magazynowania oraz oszczędność metody wykonania prac. Wykonawca składając ofertę założył zysk, a wykonanie zamówienia absolutnie nie naraża go na straty.

Jako firma z wieloletnim doświadczeniem na rynku pozyskaliśmy atrakcyjne warunki współpracy z dostawcami materiałów. Posiadamy również własny transport oraz magazyny, dlatego nie ponosimy z tego tytułu dodatkowych kosztów.

Za wykonaną pracę zostanie wypłacone pracownikom minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2022r.”

Powyższe wyjaśnienia nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające i usuwające wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny dot. realizacji przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy było dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości Zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Andbud nie uczynił zadość wezwaniu i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. KIO 604/23: *„Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe, pełne – winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami”.*

Wobec tego oferta Wykonawcy Andbud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z zapisami SWZ – Rozdział III pkt 9 - Wynagrodzenie wpostępowaniu jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Za roboty objęte kosztorysami ofertowymi, a niewykonane przez Wykonawcę, nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.

Andbud zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę 6 021 859,28 zł brutto. Cena została skalkulowana w oparciu o złożone wraz z ofertą kosztorysy ofertowe.

Przedmiotem zamówienia objęte są również instalacje gazów medycznych, a zatem prace związane z instalacją i dostawą wyrobów medycznych, które winny być opodatkowane stawką 8% podatku VAT.

W kosztorysie ofertowym dla instalacji sanitarnych wewnętrznych – pozycja od 187-242 ujęte zostały prace dotyczące instalacji gazów medycznych takich jak o2 (tlen). Jednak dokonując weryfikacji wynagrodzenia wynikającego z tego kosztorysu wynika, że do wszystkich prac zastosowana została stawka podatku VAT 23% tj. wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT : 1239170.11 zł; podatek VAT : 285009.13 zł; ogółem wartość kosztorysowa robót : 1524179.24 zł

Podobnie sytuacja przedstawia się w kosztorysie ofertowym dotyczącym instalacji elektrycznej. W pozycjach 34-36 kosztorysu ujęty został zakup paneli nadłóżkowych, które opodatkowane są również 8% stawką podatku VAT. Tymczasem po weryfikacji wynagrodzenia wynikającego z tego kosztorysu wynika, że Wykonawca do wszystkich prac zastosował jedną stawkę podatku VAT w wysokości 23% tj. wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT: 1152845.28 zł; podatek VAT: 265154.41 zł; ogółem wartość kosztorysowa robót: 1417999.69 zł.

Co do zasady wyroby medyczne są opodatkowane preferencyjną stawką podatku VAT tj. stawką 8%. Powyższe znalazło potwierdzenie w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz interpretacjach podatkowych, zgodnie z którymi dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w

stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego – korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powiązaniu z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT.

Wykonawca Andbud powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie czynności, tj. realizując zadanie obejmujące dostawę instalacji gazów medycznych powinien opodatkowywać zastosować stawkę podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy, natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, opodatkować podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Nawet gdyby jednak uznać, że zastosowana stawka podatku dla dostawy gazów medycznych, tj. 23% jest właściwa, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwać wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 223 ustawy Pzp. Brak wezwania do złożenia tych wyjaśnień powoduje, że złożone oferty były ofertami nieporównywalnymi.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Andbud, mimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

Zgodnie z zapisami SWZ – Rozdział IV – warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej - w celu potwierdzenia minimalnych zdolności technicznych i zawodowych, Wykonawca winien wykazać, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto;

b) dysponuje osobą lub osobami, posiadającymi łącznie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach (budowlanej, elektrycznej i sanitarnej) w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia.

Andbud na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz robót oraz dowody (referencje) oraz wykaz osób.

Wykaz robót

W wykazie robót wskazano kilka robót, jednak wartość wszystkich z tych inwestycji jest mniejsza niż wymagana w SWZ kwota 3 500 000,00 zł brutto, za wyjątkiem robót wskazanych w pozycji 4 tabeli. W tej pozycji Wykonawca co prawda wskazał robotę realizowaną na rzecz Witbar sp. z o.o. w Pleszewie o wartości 3 600 000,00 zł jednak wykazu robót wynika, że nie była to jedna robota budowlana, ale przynajmniej trzy roboty tj.:

- budowa budynku biurowo-socjalnego,
- budowa budynku hali,
- remont pomieszczeń magazynowych i socjalnych

Powyższe znajduje również potwierdzenie w złożonych, z których wynika, że spółka Andbud w latach 2022-2023 wykonała (kilka) robót budowlanych tj.

- budowa budynku biurowo-socjalnego,
- budowa budynku hali,
- remont pomieszczeń magazynowych i socjalnych.

A zatem nie była to jedna robota budowlana a kilka niezależnych robót, których łączna wartość opiewała zgodnie z oświadczeniem na kwotę ok. 3 600 000,00 zł.

Powyższe nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z którymi należało wykazać, że wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto. Zamawiający miał obowiązek wezwać Andbud do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego ewentualnie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu robót, czego nie uczynił.

Wykaz osób

Zgodnie ze złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazem osób – pozycja nr 1, 2

i 3 – Wykonawca wskazał jako podstawę dysponowania – zobowiązanie podmiotu trzeciego w stosunku do p. T.K., L.K. i L.S.. Daje to podstawę uznać, że Wykonawca nie dysponuje wyżej wskazanymi osobami, a miał zamiar realizować zamówienie z udziałem podmiotu trzeciego – który udostępni mu zasoby osobowe.

Po pierwsze, Wykonawca w chwili składania oferty wyraźnie wskazywał i oświadczał, że nie będzie polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych wraz z ofertą dokumentach. Dopiero na etapie składania podmiotowych środków dowodowych wykonawca wskazał,

w zakresie osób wskazanych w tabeli – pozycja nr 1 i 2 jest to tzw. potencjał podmiotu trzeciego. Jeżeli Wykonawca

Andbud wiedział, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu, to wraz z ofertą, złożyć powinien zobowiązanie takiego podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 PZP). Ponadto złożyć powinien – również wraz z ofertą – oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (art. 125 ust. 5 PZP). Dokumenty takie nigdy nie zostały przez wykonawcę złożone, pomimo wymogu ich złożenia wynikającego z SWZ oraz przepisów ustawy Pzp., a przynajmniej nie zostały udostępnione Odwołującemu.

Ponadto zgodnie z art. 123 ustawy Pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Jak trafnie wskazano w wyroku KIO z dnia 12 maja 2023 r. (KIO 1189/23) – zmiana oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego nie ma charakteru marginalnego, stanowi ona niedopuszczalną zmianę treści oferty. Jak z kolei – równie słusznie – wskazano w wyroku KIO z dnia 15 lutego 2023 r. (KIO 281/23) oraz w wyroku z dnia 18 marca 2022 r. (KIO 510/22),

w świetle art. 123 ustawy pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego.

Obowiązkiem Zamawiającego było co najmniej wezwanie Wykonawcy Andbud do złożenia wyjaśnień wykazu osób – pozycji 1, 2 i 3 w tabeli w zakresie podstaw dysponowania osobami wskazanymi w tych pozycjach wykazu.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją dokonania wyboru oferty Wykonawcy, która powinna podlegać odrzuceniu było zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, spełniającego warunki oraz dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zarówno w świetle obowiązujących przepisów, jak i w związku z określonymi w postępowaniu warunkami zamówienia. W przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy – Andbud, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W świetle powyższego, Odwołujący wnosił i wywodził jak w petitum odwołania.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Andbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pleszewie (dalej jako „Przystępujący” lub „Andbud”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Wykonawca złożył pisemne stanowisko wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Biorąc pod uwagę treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że Odwołujący wiernie przytoczył elementy treści dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, w tym uzasadnienia brzmienie warunków udziału w postępowaniu i treść dokumentów przedstawionych przez Przystępującego, nie zachodziła więc konieczność powielania i ponownego ustalania stanu faktycznego.

Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp podlegał uwzględnieniu

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera

najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta

to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące

i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,

że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,

o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu

i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedstawionego stanowiska

w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące. Złożone wyjaśnienia uznać należy za wysoce skrótowe, ogólnikowe i lakoniczne. Warto również zauważyć, że Przystępujący aż dwukrotnie był przez Zamawiającego wzywany do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, co oznacza, że Wykonawca, mimo niedoskonałości już pierwszych wyjaśnień, otrzymał kolejną szansę na rozbudowanie stanowiska, z której nie skorzystał. W pierwszych wyjaśnieniach Przystępujący ograniczył się do oświadczenia, że w kalkulacji kosztorysowej doszło do pomyłki ludzkiej, która doprowadziła do zaniżenia ceny w jednej pozycji kosztorysowej oferty. Wykonawca nie wskazał na żadne inne elementy, które mogłyby tłumaczyć poziom ceny oferty. Zamawiający dał jednak Wykonawcy drugą szansę, podkreślając jednocześnie, że pomyłka rachunkowa nie może być jedynym uzasadnieniem dla niskiej ceny oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywodził, że „wszelkie wątpliwości dotyczące rażąco niskiej ceny zostały wyczerpująco wyjaśnione przez Wykonawcę

w procedurze wezwania do udzielenia wyjaśnień. W złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach Zamawiający nie stwierdził żadnych istotnych błędów, które uzasadniałyby odrzucenie oferty, a przedstawione przez Wykonawcę argumenty Zamawiający uznał za wystarczające do potwierdzenia braku zasadności zarzutu stosowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny”. Izbie trudno uznać za wyczerpujące wyjaśnienia ceny, które zmieściły się na jednej stronie, podczas gdy wartość oferty oscyluje powyżej 6 000 000 zł, a szacunkowa wartość zamówienia jest o co najmniej od tej kwoty 30% wyższa. Izba nie dowiedziała się ani z odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie, które elementy złożonych przez Przystępującego wyjaśnień były wyczerpujące oraz które argumenty wyjaśnień potwierdzały brak rażąco niskiej ceny oferty.

Dalej przede wszystkim podkreślenia wymaga, iż Andbud nie dołączył do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że założone koszty mają rzeczywisty charakter. Wykonawca w stanowisku wymienił co najmniej kilka okoliczności, które można było w ocenie Izby wykazać stosownymi dokumentami. Przykładowo, jeżeli wykonawca twierdził,

że „pozyskaliśmy atrakcyjne warunki współpracy z dostawcami materiałów. Posiadamy również własny transport oraz magazyny”, to na tę okoliczność należało przedstawić oferty, które to potwierdzały, zobrazować posiadany potencjał techniczny (choćby przez złożenie wykazu środków trwałych). Możliwe było przedstawienie dokumentów, z których wynikałoby, że przyjęte czynniki pozwoliły na obniżenie ceny.

Podobnie przedstawia się sytuacja w przypadku założeń odnoszących się do kosztów nabycia towarów, transportu, magazynowania oraz oszczędność metody wykonania prac. Przystępujący po pierwsze nie wskazał jak kształtują się te koszty, po drugie z czego wynika, że mogą one być niższe niż w przypadku innych Wykonawców. Nie wyjaśniono także na czym polegać ma oszczędność metody wykonania prac. Jeżeli okoliczności te Wykonawca wiązał choćby ze sposobem organizacji zaplecza budowy, o którym wspominał na rozprawie, to opis umożliwiający osiągnięcie określonego poziomu oszczędności należało przedstawić w wyjaśnieniach.

To, że *Wykonawca składając ofertę założył zysk, a wykonanie zamówienia absolutnie nie naraża go na straty*, nie oznacza, że Przystępujący złożył wyjaśnienia, które uprawdopodobniają powyższe założenia. Przystępujący nie odwołał się do żadnej z pozycji kosztorysu ofertowego, zaznaczając i wyjaśniając, że choćby z uwagi na powiązania biznesowe, czy przynależność do dużych grup marketów budowlanych sprzedających materiały budowlane, istnieje po jego stronie możliwość uzyskania znaczących rabatów i obniżenia kosztów materiałów. O faktach tych Przystępujący wspominał dopiero na rozprawie.

Nie wynika także, na jakiej podstawie Adbud przyjęło w wyjaśnieniach, że *„za wykonaną pracę zostanie wypłacone pracownikom minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2022r.”* Wykonawca nie przedstawił wycień i dowodów na wiarygodność tej wartości a Zamawiający podczas oceny wyjaśnień arbitralnie przyjął, że założenie to odpowiada prawdzie i jest wiarygodne.

Złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnienia innych elementów tłumaczących poziom ceny oferty nie zawierają.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Adbud wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych kosztów do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. Wyjaśnienia były pozbawione jakiegokolwiek materiału dowodowego, uzasadniającego założenia kosztowe Wykonawcy. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Przystępujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie

i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (tak uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11).

W uchwale tej wskazano, że *„przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.”*

W dalszej części Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i ich chronologia badania ofert warunkowane są treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie mamy wówczas do czynienia z przesłanką niezgodności oferty z SIWZ, brakuje dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki

w postaci zaistnienia niezgodności. W ostatniej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT przy jej nieuwzględnieniu w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem

równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia."

Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki podatku. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że *„według Zamawiającego zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT było dopuszczalne i uzasadnione. Na poszczególne składniki systemu dostarczania gazów medycznych, niestanowiące wyrobów medycznych, obowiązuje bowiem podstawowa stawka podatku VAT 23%. Stawką podatku VAT w wysokości 8% objęty byłby kompletny system. Zamawiający wymagał jednak w kosztorysie wyceny poszczególnych elementów systemu. Nie bez znaczenia jest okoliczność, iż w przypadku przyjęcie preferencyjnej stawki podatku VAT oferta Wykonawcy Andbud Sp. z o.o. stałaby się jeszcze bardziej korzystna w porównaniu do pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego”.*

Poza powyższą argumentacją nie przedstawiono Izbie jakichkolwiek dowodów, że prezentowane stanowisko jest prawidłowe. W opozycji do takiego stanu Odwołujący przedstawił dwie interpretacje podatkowe, które w ocenie Izby dotyczyły podobnego stanu faktycznego i pozwalały na ustalenie wytycznych, jakie zasady winno się zastosować do wyceny elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił jaka jest różnica między pojęciem „kompletnego systemu” a pojęciem „elementów systemu”. Izba wyraża pogląd, że elementy systemu, których wyceny Zamawiający wymagał, tworzą kompletny system. Takie stanowisko potwierdzają także elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia przywołane przez Odwołującego w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu przed Izbą.

Z opis przedmiotu zamówienia, w tym ze specyfikacji technicznych, wynika, że Zamawiający wymaga wykonania kompletnej i działającej instalacji gazów medycznych, dostawy odpowiednich gazów medycznych celem sprawdzenia poprawności jej działania, uzyskania dla instalacji odpowiednich certyfikatów. Także w przypadku prac związanych z wykonaniem paneli przyłóżkowych mamy do czynienia z kompletnym systemem, a nie tylko przygotowaniem jego elementów.

Nie budziło wątpliwości Stron i Przystępującego, że co do zasady wyroby medyczne powinny być opodatkowane stawką preferencyjną tj. stawką 8% podatku od towarów i usług. Zdaniem Izby nie ma tutaj znaczenia, czy Zamawiający zamawia „kompletny system”

czy „elementy systemu”. Biorąc pod uwagę orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) oraz orzecznictwo sądów krajowych, kluczowe jest wyjaśnienie,

czy zamawiający przewiduje dostawę oraz montaż instalacji gazów medycznych, lub też

czy zamawiający przewiduje dostawę instalacji gazów medycznych wraz z montażem oraz dostosowaniem/remontem pomieszczeń dla nowej instalacji gazów medycznych, albo trzecia sytuacja, kiedy zamawiający przewiduje udzielenia zamówienia na budowę lub przebudowę obiektów szpitala wraz instalacją/modernizacją instalacji gazów medycznych.

W pierwszym przypadku dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r.

o wyrobach medycznych wraz z jego montażem (co wiąże się z koniecznością wykonania robót budowlano – montażowych jak malowanie, kucie otworów, tynkowanie itp.), jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego – korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powołaniu z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT (tak).

W przypadku, gdy dostawa sprzętu medycznego i wykonanie prac przystosowujących pomieszczenia lub wykonanie ich remontu (w tym wykonanie np. instalacji elektrycznej, klimatyzacyjnej, izolacyjnej), stanowią dwa odrębne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane. Oznacza to, że dostawa instalacji gazów medycznych następuje według stawki preferencyjnej, a roboty budowlane są wykonywane wg stawki podstawowej 23% (jeżeli nie zachodzą inne czynniki umożliwiające zastosowanie stawki preferencyjnej

(tak , , sygn. akt: KIO 2433/14 oraz IBPP3/443-103/09/KO interpretacja indywidualna Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach).

Jeżeli usługi obejmujące wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowane są

w ramach wykonania budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie

z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT (tak: , Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 marca 2018 roku sygn. akt KIO 275/18).

W ocenie Izby zatem Odwołujący prawidłowo wykazał, że Przystępujący dokonał nieprawidłowego obliczenia ceny stosując jednolitą stawkę podstawową w wysokości 23%, podczas, gdy w odniesieniu do dostawy i instalacji elementów instalacji gazów medycznych należało zastosować stawkę preferencyjną 8%. Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia, jego poszczególne składowe w odniesieniu do instalacji gazów medycznych i paneli przyłóżkowych, nie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, sam bowiem Zamawiający w dokumentacji żąda, aby instalacją gazów medycznych zajmował się wyspecjalizowany podmiot, czyli sam wskazuje na odrębność tego świadczenia względem pozostałych.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp podlegał uwzględnieniu

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu wymagał, by wykonawca w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto.

Z przedstawionego przez Przystępującego Wykazu robót wynika, że Przystępujący wykonał roboty budowlane: budowa budynku biurowo-socjalnego, budowa budynku hali, remont pomieszczeń magazynowych i socjalnych.

Trafnie zauważył Odwołujący, że treścią warunku udziału Zamawiający nie objął remontu budynku. Potwierdzić spełnienie warunku mogły jedynie prace polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku, gdy osiągnęły wymaganą warunkiem wartość. Oznacza to, że Zamawiający już tylko w tym zakresie winien był co najmniej wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień jaką wartość osiągnęły prace związane z remontem pomieszczeń, następnie ustalić, czy pozostałe roboty budowlane osiągnęły wartość wymaganą w warunku.

Izba podziela również pozostałą argumentację przedstawioną w zarzucie odwołania. Niewątpliwie Zamawiający objął treścią warunku wymóg odnoszący się do wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie (...) budynku. Jak wynika zaś z Wykazu robót i referencji, w zakres prac wykonanych przez Przystępującego wchodziło wykonanie kilku budynków. Izba nie przeczy, że „3 budynki (...) mogą one stanowić realizację jednej roboty budowlanej wykonywanej w ramach jednego zadania inwestycyjnego”. Jeżeli budynki takie funkcjonalnie stanowiłyby jedną całość, były ze sobą połączone, istnieje możliwość uznania, że taka praca referencyjna potwierdza spełnianie warunku. Jednakże dostrzeżenia wymaga, iż tylko na podstawie Wykazu robót złożonego przez Przystępującego i pośrednio na podstawie złożonych referencji, Zamawiający nie był w stanie ustalić, tak rzeczywiście jest. Z referencji nie wynika nawet, że roboty te zostały wykonane w ramach jednej umowy. Wiedzę tę uzyskał Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego, po przedstawieniu umowy przez Przystępującego. Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób zweryfikował spełnienie warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego w przypadku Przystępującego. Zdaniem Izby Zamawiający winien co najmniej wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przywołanej pracy referencyjnej, zaś gdyby okazało się, że mamy do czynienia z robotą budowlaną nie potwierdzającą spełniania warunku, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia wykazu robót. Żadnej z tych czynności Zamawiający nie wykonał.

W przypadku Wykazu osób niewątpliwie wynika z niego, że Przystępujący wskazał jako podstawę dysponowania wymienionymi osobami „zobowiązanie podmiotu trzeciego”, jednak złożone podmiotowe środki dowodowe zobowiązań nie zawierały. Niewątpliwie również w formularzu ofertowym Przystępujący oświadczył, że zadanie będzie wykonywał samodzielnie, bez udziału podmiotów trzecich.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że „Nie ma uzasadnienia poddawanie przez Zamawiającego w wątpliwość stosunku prawnego, na postawie którego Wykonawca dysponuje osobami wskazanymi przez Odwołującego w treści odwołania”. Z taką postawą Zamawiającego Izba się nie zgadza. Co prawda Przystępujący złożył wraz ze stanowiskiem pisemnym w postępowaniu odwoławczym umowy zlecenia zawarte z osobami wymienionymi w wykazie. Jednak wiedzy o podstawie stosunku łączącego wykonawcę z wymienionymi osobami, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający nie posiadał. Izbie nie jest wiadomym wobec tego na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, że dany wykonawca potwierdził dysponowanie odpowiednim potencjałem osobowym.

Co więcej, w SWZ sam Zamawiający zamieścił szczegółowe zapisy odnoszące się do potwierdzenia warunku przy udziale podmiotów trzecich, w przypadku powoływania się na zasoby tych podmiotów. Następnie Zamawiający żadnej z tych reguł nie zastosował wobec Przystępującego, arbitralnie przyjmując, że Wykaz osób potwierdził wymogi warunku. Zamawiający nie zażądał od Przystępującego złożenia wyjaśnień, w jaki sposób odczytywać należy użycie w Wykazie sformułowania „zobowiązanie podmiotu trzeciego”. Nie wezwano także Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych od podmiotów, na zasobach których polega wykonawca i przy pomocy, których potwierdza spełnianie warunków. Zamawiający bezrefleksyjnie odczytał treść Wykazu i uznał, że podmiotowe środki dowodowe nie zawierają jakichkolwiek błędów. Takie działanie należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego, Izba

uznała, że nie znajduje w przedmiotowej sytuacji zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający nie wzywa wykonawcy jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Końcowo, w konsekwencji zaniechań Zamawiającego potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp, bowiem doszło ostatecznie do wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu, a taki wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego, przyznając Odwołującemu koszty wpisu od odwołania oraz koszty zastępstwa procesowego.

Przewodnicząca:

.....