

Sygn. akt: KIO 898/16  
KIO 899/16  
KIO 901/16

**WYROK**  
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicz cy: Daniel Konicz**  
**Członkowie: Ewa Kisiel**  
**Anna Chudzik**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 27 i 29 czerwca 2016 r. odwoła wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2016 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzib we Florencji, Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzib w Ankarze (sygn. akt: KIO 898/16),
2. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzib w Warszawie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzib w Kijowie (sygn. akt: KIO 899/16),
3. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – ERBUD S.A. z siedzib w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzib w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzib w Stuttgarcie (sygn. akt: KIO 901/16),

w post powaniu prowadzonym przez Zamawiaj cego – Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarz d Rozbudowy Miasta,

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A.

1

---

z siedzib w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzib w Rzymie, zgłaszaj cych przyst pienia do post powania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 po stronie Zamawiaj cego,

2. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzib w Warszawie, z siedzib w Kijowie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” zgłaszaj cych przyst pienia do post powania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16 i KIO 901/16 po stronie Zamawiaj cego,
3. wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – ERBUD S.A. z siedzib w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzib w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzib w Stuttgarcie, zgłaszaj cych przyst pienia do post powania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 899/16 po stronie Zamawiaj cego,

**orzeka:**

1. w sprawie o sygn. akt KIO 898/16:
  - 1.1. oddala odwołanie,
  - 1.2. kosztami post powania odwoławczego obci a Odwołuj cego i zalicza w poczet jego kosztów kwot 20.000,00 zł (słownie: dwadzie cia tyśi cy złotych 00/100) uiszczon przez Odwołuj cego tytułem wpisu od odwołania.
2. w sprawie o sygn. akt KIO 899/16:
  - 2.1. uwzgl dnia odwołanie i nakazuje Zamawiaj cemu:
    - 2.1.1. uniewa nienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
    - 2.1.2. uniewa nienie odrzucenia oferty Odwołuj cego,
    - 2.1.3. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegaj cych si o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzib w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzib

- w Rzymie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp,  
2.1.4. powtórne badanie i ocen ofert niepodlegających odrzuceniu,  
2.2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,  
2.3. kosztami post powania obci a Zamawiaj cego i:

20.000,00 zł 2.3.1. zalicza w poczet

kosztów post powania odwoławczego kwot

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczonych przez Odwołującego cego tytułem wpisu od odwołania,

2.3.2. zaszczytuje od Zamawiaj cego na rzecz Odwołującego cego kwot 20.000,00 zł

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) koszty stanowiąc post powania odwoławczego poniesione przez Odwołującego cego z tytułu wpisu od odwołania.

2

---

3. w sprawie o sygn. akt KIO 901/16:

3.1. oddala odwołanie,

3.2. kosztami post powania odwoławczego obci a Odwołującego cego i zalicza w poczet jego kosztów kwot 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczonych przez Odwołującego cego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

3

---

**Sygn. akt: KIO 898/16**  
**KIO 899/16**  
**KIO 901/16**

### **Uzasadnienie**

Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, post powanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa Szpitala Południowego” (znak sprawy: RZP-II- WI/37/DZP-1/2014), zwane dalej: „Post powaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2014 r. pod nr 2014/S 196-345766.

W dniu 17 maja 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Post powaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzibą w Rzymie (dalej: „Konsorcjum A”).

W dniu 27 maja 2016 r. do Prezesa Izby wniesione zostały odwołania przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Inso Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji, Summa Turizm Yatirimciligi A.S. z siedzibą w Ankarze, zwanych dalej „Konsorcjum Inso” (sygn. akt: KIO 898/16),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie, zwanych dalej „Konsorcjum IDS” (sygn. akt: KIO 899/16),
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ERBUD S.A.

z siedzib w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzib w Pruszkowie,  
Ed Zueblin AG z siedzib w Stuttgartarcie, zwanych dalej „Konsorcjum E” (sygn. akt:  
KIO 901/16),

**Sygn. akt KIO 898/16**

Odwołuj cy zaskarzył:

1. nieuprawnione odrzuceniu jego oferty, pomimo e nie zawiera bł du w obliczeniu

4

ceny,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo e zawiera bł dy w obliczeniu ceny,
3. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołuj cego.

Odwołuj cy zarzucił Zamawiaj cemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty Odwołuj cego i jej odrzucenie, pomimo e nie zawiera bł dów w obliczeniu ceny oraz przez zaniechanie jego zastosowania do oferty zło onej przez Konsorcjum A,
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez Konsorcjum A, pomimo e oferta ta zawiera bł dy w obliczeniu ceny.

Odwołuj cy wniósł o uwzgl dnienie odwołania i nakazanie Zamawiaj cemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum A jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzgl dnieniem oferty Odwołuj cego,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum A,
4. wyboru oferty Odwołuj cego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołuj cy podał, e posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a przez to we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, e zło ył w Post powaniu ofert , która nie podlega odrzuceniu. W ocenie Odwołuj cego jego oferta jest jedyn wa n ofert i jako taka powinna zostaū wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na skutek zaskar onych czynno ci Odwołuj cy poniesie szkody w postaci utraty korzy ci zwi zanych z realizacj zamówienia publicznego. W jego interesie pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygni cia, które pozwoli mu uzyskaū przedmiotowe zamówienie.

W pi mie z dnia 17 maja 2016 r. Zamawiaj cy poinformował Odwołuj cego o odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazuj c, e zawiera bł dy w obliczeniu ceny. Wskazał, e w toku badania zło onej oferty stwierdził, jakoby Odwołuj cy w formularzu „Oferta”, w cz ci II – „Roboty budowlane” do wyliczenia ceny dla ni ej wyliczonych pozycji zastosował odpowiednio: w poz. 1 (roboty budowlane) – dwie stawki VAT w wysoko ci 23 % i 8 %, w poz. 6 (instalacje gazów medycznych) – dwie stawki VAT w wysoko ci 8 % i 23 %. Zdaniem Zamawiaj cego Odwołuj cy we wszystkich pozycjach formularza powinien zastosowaū stawk VAT w wysoko ci 23 %.

Uzasadniaj c swoje stanowisko Zamawiaj cy podniósł, e przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala obj ta podstawow stawk VAT, natomiast wyposa enie podlegaj ce wbudowaniu w struktur budynku oraz instalacja gazów medycznych maj charakter

5

pomocniczy i s rodkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych. Usług nale y uznaū za pomocnicz , je eli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest rodkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, co ma miejsce w przypadku przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Odnoszc si do formularza „Oferty” Odwołuj cego, zarówno w zakresie wyposa enia uwzgl dnionego w kosztorysie robót budowlanych, jak i instalacji gazów medycznych, które b d wykonywane w ramach budowy Szpitala jako wiadczenia głównego, nale ało – zdaniem Zamawiaj cego – uznaū, e stanowi cz ü składow robót opodatkowaniu podstawow stawk VAT. budowlanych, a co za tym

idzie – podlegaj

tj. 23 %, zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r.

j.t. ze zm.), zwanej dalej o podatku od towarów i usług

(Dz.U.2011.177.1054

„Ustaw o VAT”. Zdaniem Zamawiaj cego powi zanie wykonania ww. z pozostałym

robotami budowlanymi w tzw. procesie technologicznym budowy uniemożliwia ich wyodrębnienie.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

Roboty, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia nie stanowią usługi kompleksowej, lecz zarówno świadczenia podlegające opodatkowaniu podstawową stawką w wysokości 23%, jak również świadczenia, do których zasadne jest zastosowanie VAT w wysokości bezspornej stawki, tj. 8%. Obniżej przedmiot zamówienia składa się z szeregu czynności (robót i dostaw materiałów budowlanych, wyposażenia szpitalnego itp.), do których zastosowanie mają, co do zasady, te same stawki VAT. Nie ulega przy

tem w tym względzie

wykonawcy podlega opodatkowaniu wg. stawki podstawowej w wysokości 23%, co nie zmienia jednak faktu, że niektóre świadczenia podlegające obniżonej

Powyższy wniosek dotyczy w pierwszej kolejności tzw. „robót budowlanych” wymienionych w pkt 1 części II oferty, które w istocie rzeczy stanowią wyposażenie szpitalne, na które składają się: panele instalacyjne (m.in. do dializ, również nadłokowe), sterylizatory i myjnie parowe. Dostawa takich towarów budowlanych medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U.2015.876 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, podlega opodatkowaniu stawką 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Jak wynika z dokumentacji przetargowej Zamawiający nie miał co do tego wątpliwości, o czym świadczy wyszczególnienie tych wyrobów jako „Wyposażenie szpitalne montowane na budowie VAT 8%” (str. 36 i 37 Przedmiaru załączonego do specyfikacji

6

istotnych warunków zamówienia – „SIWZ”). Z tego względu w druku „Oferta” stanowił załącznik nr 1 do SIWZ w poz. 1 Odwołujący wskazał dwie stawki VAT: stawkę 23 % mając zastosowanie do robót budowlanych oraz stawkę 8 % mając zastosowanie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, do dostawy wyposażenia Szpitala, stanowiącego wyroby medyczne.

Dotyczy to także instalacji gazów medycznych, stanowiących częściowo świadczenia wymienionych w pkt 6 części II oferty stanowiące wyroby medyczne, których dostawa podlega obniżonej stawce w wysokości 8%. Zgodnie bowiem z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT oraz w powołaniu z Ustawą, instalacja gazów medycznych (systemów rurociągowych do gazów medycznych), jako całość stanowi wyrobem medycznym. Instalacja ta musi więc odpowiadać odpowiednim standardom i po wykonaniu uzyskać stosowny znak CE. System rurociągowy do gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy IIb i jak każdy wyrobem medycznym, aby mógł być wprowadzony do użytkowania, zgodnie z art. 11 Ustawy musi być oznaczony znakiem CE, a także zgodnie z art. 58 Ustawy musi być zgłoszony do Rejestru Wyrobów Medycznych. W związku z powyższym, instalacja gazów medycznych budowlana przedmiotem zamówienia stanowi wyrobem medycznym w rozumieniu Ustawy i po jej wykonaniu będzie podlegała odpowiedniej certyfikacji celem dopuszczenia jej do użytkowania przez nadanie oznaczenia CE. Z tego względu Odwołujący w druku „Oferta”, w poz. 6 wskazał dwie stawki VAT: 23 % do świadczeń takich jak instalacja gazów pozamedycznych i robót związanych z montażem tego rodzaju instalacji, w tym robót zewnętrznych oraz innych prac niezwiązanych z instalacją gazów medycznych stanowiących wyrobem medycznym oraz stawkę 8 % do świadczeń składających się na wykonanie instalacji gazów medycznych, jako wyrobu medycznego.

Odwołujący podkreślił, że przedmiar dostarczony przez Zamawiającego wskazuje na podział świadczenia wskazanego w pkt 6 druku „Oferty”, nazwanego przez Zamawiającego zbiorczo „Instalacja gazów medycznych”, na faktyczną instalację gazów medycznych,

regulacji gazu – która stanowi wyrobem

medycznym oraz na m.in. instalowanie urządzeń

stacja sprężarki pow. pozamedycznej (technicznej) – poz. 1.10 Przedmiaru Instalacji Gazów Medycznych oraz inne określone w Przedmiarze przez Zamawiającego towary i prace, które nie składają się na wykonanie instalacji gazów medycznych – wyrobu medycznego. Stosując zatem obowiązujące przepisy prawa podatkowego, w oparciu o Przedmiar dostarczony przez Zamawiającego, Odwołujący wyrobnął instalację gazów

medycznych, stanowi całość wyrobów medycznych (dalej „Wyrób”), której dostawa podlegała opodatkowaniu według obniżonej 8 % stawki VAT oraz prace i towary, w tym pozostałe medyczne, które nie mogą być zakwalifikowane do Wyrobu instalacji gazowych i które podlegają opodatkowaniu według podstawowej 23 % stawki VAT. Dostawa Wyrobu,

7

na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 w zw. z pozycją 105 załącznika nr 3 Ustawy o VAT, podlega opodatkowaniu podatkiem VAT wg stawki 8%. Nie budzi zatem wątpliwości, że zarówno wyposażenie szpitalne, którego dostawę i montaż dotyczy czynniki wymienione w pkt 1 czynniki II oferty Odwołującycego określonych jako „roboty budowlane opodatkowane stawką 8%”, jak również Wyrób z pkt 6 Czynniki II oferty stanowi wyroby medyczne. Jak wskazano powyżej na podstawie obowiązujących przepisów w zakresie VAT dostawa wyrobów medycznych podlega opodatkowaniu 8% stawką VAT.

Sporną kwestią jest natomiast to, czy świadczenia wykonywane w ramach umowy stanowią, jak twierdzi Zamawiający, świadczenia kompleksowe, czy też składają się na nie przedmiotowe prace budowlane i dostawę wyrobów medycznych (wraz z instalacją

świadczenia wyrobów medycznych)

stanowi dla celów Ustawy o VAT odrębne

W przypadku, gdyby ww. świadczenia były świadczeniem złożonym podlegałyby w całości podlegającym stawce właściwej dla elementu wiodącego (tj. prac budowlanych opodatkowaniu stawką podstawową 23%).

Zamawiający kwalifikuje świadczenia wykonywane w ramach umowy jako usługi kompleksowe na gruncie Ustawy o VAT posłużył się nieznajdąc w literaturze oraz orzecznictwie „definicji” usługi kompleksowej, zgodnie z którą „na usługę złożoną składa się kombinacja różnych czynności prowadzących do realizacji określonego celu – do wykonania świadczenia głównego, na które składają się świadczenia pomocnicze”. Jest to jednak „definicja” świadczenia złożonego nieznajdąca potwierdzenia ani w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych ani TSUE wydanych na gruncie przepisów z zakresu VAT.

Odwołujący wyraża wątpliwości, że ani Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (dalej „Dyrektywa VAT”), ani Ustawa o VAT nie zawierają definicji świadczenia złożonego. Brak jest również regulacji ustawowej dotyczącej przesłanek uznawania danego świadczenia za świadczenie złożone. Ocena w jakich okolicznościach świadczenia powyższe należy traktować jako usługi złożone, kształtowana jest na bazie orzecznictwa TSUE, przy czym zastrzeżenie należy, że każda dorazowo rozstrzygnięcie w tym przedmiocie musi uwzględniać specyfikę konkretnego stanu faktycznego. Zamawiający bez uzasadnienia przyjął kompleksowy charakter świadczenia przedmiotem zamówienia. Tymczasem na gruncie Dyrektywy VAT również za świadczenie złożone ma i orzecznictwa TSUE możliwość uznania szeregu świadczeń charakteru wyjątkowy i musi być uzasadniona określonymi względami. Generalną zasadą jest natomiast uznanie poszczególnych świadczeń za niezależne, na potwierdzenie czego Odwołujący przytoczył orzecznictwo TSUE.

Odwołujący przytoczył następujące wyliczenia z przywołanego orzecznictwa wskazania

8

w zakresie kwalifikowania świadczeń :

1. każde świadczenie powinno być, co do zasady, uznawane za odrębne i niezależne;
2. o świadczeniu złożonym, jako o wyjątku od zasady odrębnego traktowania świadczeń, może mówić, jeżeli istnieje funkcjonalny związek poszczególnych części poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych, za ewentualne ich wyodrębnienie miałyby sztuczny charakter,
3. rozdzielenie świadczeń dla celów VAT może wynikać z faktu, że dane czynności mogą być świadczone na różnych zasadach, to znaczy np. przez osoby trzecie,

a nie „dostawc głównego”.  
Odwołuj cy stwierdził, e w konsekwencji nale y rozwa yć, czy prace budowlane na przedmiot zamówienia s ze sob tak i dostawy wyrobów

medycznych składaj ce si nierozwalanie zwi zane, e z gospodarczego punktu widzenia stanowi pewn cało ü, a ich rozdzielanie miaoby charakter sztuczny. W jego ocenie nie mo na zgodziü si z twierdzeniem, jakoby stanowisko Zamawiaj cego w kwestii ustalenia wła ciwej stawki VAT odzwierciedlał równie sposób opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołuj cego dokumenty dostarczone przez Zamawiaj cego wyra nie wskazuj na podział czynno ci składaj cych si na przedmiot zamówienia wyodr bniaj c poszczególne elementy składaj ce si na przedmiot zamówienia. Na str. 20-21 SIWZ Zamawiaj cy wskazał, e elementem zamówienia ma byü wyposa enie chłodni i sali sekcyjnej. Zał czony przedmiar wymienia szczegółowo szereg prac i elementów składaj cych si na umow , w tym równie (jak ju wskazano powy ej) wskazuje, e cz ü z nich podlega opodatkowaniu stawk 8%. Jednocze nie w ramach przedmiaru wiadcze obejmuj cego instalacj gazów

medycznych wyliczony jest szereg w sposób pozwalaj cy na wyodr bnienie Wyrobu, którego dostawa i monta na podstawie przepisów prawa podatkowego podlega opodatkowaniu wedlug obni onej stawki VAT.

W ocenie Odwołuj cego, wydzielanie poszczególnych wiadcze składaj cych si na przedmiot zamówienia nie ma obiektywnie charakteru sztucznego. Na str. 20 SIWZ Zamawiaj cy wskazał, e „[...]przedmiot zamówienia nie obejmuje dostaw wyposa enia Szpitala, z dostaw niezb dnych do wykonania robót budowlanych, wył czeniem a przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej i przetargowej (zał czonej do SIWZ) oraz wyposa enia pomieszcze chłodni i Sali sekcyjnej[...]”. Zatem sam Zamawiaj cy wskazuje, e dokonuje zamówienia ponad sam budow szpitala, skoro zamawia równie

9

---

wyposa enie wskazanych pomieszcze , jak równie instalacje (np. gazów medycznych), która mogaby byü zamówiona oddzielnie od samych robót zwi zanych z budow obiektu Szpitala i od innych podmiotów.

Odwołuj cy podkre lił, e mo liwe jest wyodr bnienie wskazanych dostaw wyrobów medycznych (elementów wyposa enia Szpitala i Wyrobu) równie w technologicznym procesie budowy obiektu. Przykładowo, (1) z uwagi na ró norodne wymogi prawne

b dzie i techniczne dla ka dego z

elementów zamówienia w zwi zku z jego realizacj specjalna dokumentacja techniczna (w tym dla Wyrobu); (2) wykonany Wyrób mo e byü dopuszczony do u ytkowania wył cznie po przeprowadzeniu procesu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego zgodnie z przepisami Ustawy, (3) w zamówieniu wskazano wymóg dysponowania co najmniej jedn wykwalifikowan osob wyznaczon do sprawowania funkcji kierownika robót sanitarnych, posiadaj c uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalno ci instalacyjnej m.in. w zakresie sieci, instalacji i urz dze gazowych.

Odwołuj cy wyraził zapatrywanie, e nie ma przeszkód, aby prace te wykonane zostały przez inny podmiot lub aby zostały wykonane *post factum*, po wykonaniu prac typowo budowlanych. Podał, e potencjalny wykonawca zamówienia, niezale nie od przyj tego sposobu wynagrodzenia przez Zamawiaj cego, b dzie w stanie odr bnie okre liü wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych elementów składaj cych si na zamówienie (w tym instalacji gazów medycznych).

Na potwierdzenie powy szych twierdze Odwołuj cy powołał si na interpretacj ogóln Ministra Finansów, interpretacje indywidualne organów skarbowych i orzecznictwo lzby.

Podsumowuj c odwołanie Odwołuj cy wskazał, e oferta Konsorcjum A zawiera bł d co do ceny poprzez dokonanie jej kalkulacji z zastosowaniem jednolitej stawki VAT w wysoko ci 23%. Nie jest bowiem prawidłowe, aby przedmiot zamówienia został uznany na gruncie obowi zuj cych przepisów za wiadczenie kompleksowe dla celów VAT. Uznawanie wiadcze wiadcze jako zło onych ma charakter wyj tkowy, a traktowanie rozdzielnych jest zasad jaka obowi zuje na gruncie podatku VAT i jaka przytaczana jest

w orzeczeniach TSUE oraz s dów administracyjnych.

Na marginesie Odwołuj cy wskazał, e równie oferty dwóch pozostałych odwołuj cych zawieraj bł dy polegaj ce na bł dnym zastosowaniu w poz. 6 formularza druku „Oferty”, w cz ci II – „Roboty budowlane” jedynie 8 % stawki VAT. Dokładna analiza

poz. 6 formularza zakresu przedmiotowego

zamówienia zwi zanego ze wzmiankowan

10

„Oferty” prowadzi do wniosku, i pozycja ta pomimo swojej nazwy („Instalacje gazów medycznych”) w rzeczywisto ci referowała do dwóch ró nych instalacji, tj. Wyrobu oraz

powietrze pozamedyczne. instalacji gazów

pozamedycznych, do których zalicza si

Potwierdzeniem tego s zapisy w Projekcie Wykonawczym – tom KR-1001-W-SP-PW-ABC-

stacj spr onego VI/1 – Projekt Instalacji

Gazów Medycznych, w którym wyró nia si

powietrza pozamedycznego. W zwi zku z tym nie ulega równie w tpiwo ci,

i ww. wykonawcy bł dne zastosowali tylko 8 % stawek VAT w odniesieniu do zakresu uj tego w poz. 6 (instalacja gazów medycznych), poniewa dla prac, które nie obejmuj instalacji gazów medycznych (stacja spr onego powietrza pozamedycznego) nale y zastosowaü stawek VAT w wysoko ci 23% .

### **Sygn. akt KIO 899/16**

Odwołuj cy zaskar ył:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez Konsorcjum A,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo e jej tre ü nie odpowiada tre ci SIWZ,
3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, pomimo e jej tre ü nie odpowiada tre ci SIWZ,
4. zaniechanie wykluczenia z Post powania Konsorcjum E, pomimo e nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert,
5. odrzucenie oferty Odwołuj cego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomimo e nie zawiera bł du w obliczeniu ceny.

Odwołuj cy zarzucił Zamawiaj cemu naruszenie:

1. art. 87 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy w okoliczno ciach sprawy wezwanie Odwołuj cego do zło enia wyja nie tre ci oferty było konieczne i mogło w efekcie skutkowaü podj ciem przez Zamawiaj cego czynno ci innych ni odrzucenie oferty Odwołuj cego,
2. art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy o VAT przez przyj cie, e wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi usług kompleksow opodatkowan stawek 23 %, podczas gdy wiadczenia te, w wietle przepisów ww. ustawy,

wiadczenia orzecznictwa TSUE oraz

NSA, nie powinny byü traktowane jako

kompleksowe, konieczno ü ich odr bnego opodatkowania, co powoduje tj. w zakresie usług budowlanych stawek 23 %, natomiast w zakresie dostawy wyrobów medycznych stawek 8 %,

3. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy o VAT przez bł dne zastosowanie tego przepisu i uznanie, e wyposa enie obiektu szpitala w wyroby medyczne

11

wskazane w SIWZ, realizowane w ramach zamówienia publicznego polegaj cego na budowie szpitala, powinno byü opodatkowane stawek 23 %, podczas gdy z przepisów Ustawy o VAT wynika, e wiadczenia w postaci wyposa enia obiektu szpitala w wyroby medyczne oraz usługi budowlane opodatkowane s odmiennymi stawkami VAT, tj. 8 % i 23 %, gdy nie stanowi usługi kompleksowej,

4. art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 w zw. z poz. 105 zał cznika nr 3 do Ustawy o VAT przez uznanie za nieprawidłowe zastosowanie stawki VAT 8 % w zakresie wyposa enia szpitala w wyroby medyczne realizowanego w ramach zamówienia publicznego w postaci budowy szpitala, pomimo e w tym zakresie istniał obowi zek opodatkowania VAT stawek 8 %, albowiem zgodnie z ww.

przepisami stawka ta ma w takim przypadku zastosowanie, nawet wtedy gdy

ci realizacji zamówienia wyposażenie szpitala w

wyroby medyczne jest cz

publicznego, w ramach którego przeważa czy zakres prac dotyczy wykonania usług budowlanych opodatkowanych stawką 23 %,

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez jego błędne zastosowanie, w konsekwencji czego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako zawierającą błęd w obliczeniu ceny,
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum I, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami, co narusza dobre obyczaje kupieckie,
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Znk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
9. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami, co narusza dobre obyczaje kupieckie,
10. ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że zawiera ona błęd w obliczeniu ceny,
11. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum E, pomimo że nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert,
12. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewskazanie wszystkich okoliczności prawnych oraz faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Konsorcjum Inso oraz wykluczenie Konsorcjum E,
13. art. 7 ust. 1 i innych przepisów Pzp wymienionych w treści niniejszego odwołania.

12

---

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum A i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ lub odrzucenia tej oferty, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulowaniu cenami,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum A, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ lub odrzucenia tej oferty, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub jej odrzucenia, gdy zawiera błęd w obliczeniu ceny,
4. wykluczenia Konsorcjum E z Postępowania z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wniosł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wyraża, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdy Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, która nie zawiera błęd

w kolejności ofert, w związku z obliczeniem ceny. Oferta

Odwołującego jest pierwszą

z powyższym, w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w Postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XXII SIWZ oferta powinna być zawierać propozycję ceny brutto, tj. obliczonej w sposób określony w ust. 2-8 i powiększonej o podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie (pkt 1). Ponadto, co również wynika z pkt XXII SIWZ, kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych

projektów i STWiOR sporządzonych metod

szczegółowo, w oparciu o dokumentację (pkt 5).

W dniu 7 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na pytanie nr 8, Zamawiający w sposób jednoznaczny nie wyraził zgody na złożenie wraz z ofertą kosztorysów w wersji uproszczonej. Z kolei w ramach odpowiedzi na pytanie 63 Zamawiający podtrzymał wymóg przedstawienia kalkulacji ceny za roboty budowlane w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone metodą szczegółową, a dla lepszego zrozumienia wyceny tą metodą, przekazał

przykładów wycen jednej pozycji w kosztorysie szczegółowym. W dniu 27 stycznia 2016 r., w odpowiedzi na pytanie nr 75, Zamawiający dopuścił wycen w formie uproszczonej jedynie dostaw urządzeń, z zastrzeżeniem, że montaż, instalacja, próby itp. muszą być wyceniane w formie kalkulacji szczegółowej.

Odwolujący podał również, że Zamawiający, w udzielonych w dniu 1 kwietnia 2016 r. odpowiedziach podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje usługę przeprojektowania dokumentacji projektowej i przetargowej w zakresie określonym w SIWZ oraz roboty wynikające z wykonawcom dokumentacji projektowej i przetargowej przekazanej

13

---

Wobec tego roboty, które wynikają z przeprojektowania dokumentacji nie są objęte przedmiotem zamówienia i nie należą do ich wycenienia. Wykonawcy zobligowani byli do dokonania wyceny robót określonych w dokumentacji projektowej i przetargowej według stanu przed przeprojektowaniem.

W odpowiedzi na pytanie 12 z dnia 1 kwietnia 2016 r. Zamawiający wskazał również, że gdy z przeprojektowanej dokumentacji będzie wynikało konieczność zastosowania innej technologii wykonania danego elementu robót lub konieczność zastosowania innego materiału w stosunku do pierwotnej dokumentacji, wówczas roboty te zostaną rozliczone jako roboty zamienne. Natomiast w przypadku, gdy z przeprojektowanej dokumentacji wynikałoby konieczność realizacji nowych elementów robót, które nie występowały w pierwotnej dokumentacji projektowej, roboty te będą traktowane jako roboty uzupełniające.

Odwolujący zasignalizował, że zgodnie z § 8 ust. 6 wzoru umowy, podstawą określenia wynagrodzenia za roboty zamienne będzie protokół konieczności podpisany przez Kierownika Budowy wykonawcy i Inspektora Nadzoru Zamawiającego oraz kosztorysy sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej, zawierające zakres robót przypisany w kosztorysie ofertowym, stanowiącym podstawę obliczenia ceny w ofercie oraz zakres robót podlegających wykonaniu, z uwzględnieniem danych wyjściowych do kosztorysowania określonych poniżej:

1. stawka r-g, wskaźnik kosztów pośrednich i zysku – będą to same z wielkościami tych składników cenowych zawartych w kosztorysie ofertowym,
2. ceny materiałów – według średnich cen opublikowanych w kwartalnej Informacji cenowej o cenach materiałów budowlanych, elektrycznych i instalacyjnych (IBM, IME i IMI) SEKOCENBUD, obowiązujących w danym okresie i zawierających ceny zakupu, a w przypadku ich braku według cen udokumentowanych i uzgodnionych z Zamawiającym,
3. ceny sprztu – według średnich cen opublikowanych w kwartalnej Informacji cenowej o cenach pracy sprztu (IRS) SEKOCENBUD, obowiązujących w danym okresie, a w przypadku ich braku według cen udokumentowanych i uzgodnionych z Zamawiającym

W przypadku, jeżeli wynikają z dokumentów określonych w § 1 ust. 3 pkt 1-3 wzoru umowy, zakres robót podlegających zamianie nie został uwzględniony przez wykonawcę w pozycjach kosztorysu ofertowego, ilość jednostek przedmiarowych zakresu robót podlegających zamianie zostanie określona na podstawie przedmiaru sporządzonego w oparciu o dokumenty określone w § 1 ust. 3 pkt 1-3. Wynagrodzenie za ten zakres robót zostanie obliczone odpowiednio w sposób określony w ust. 4.

14

---

Zgodnie z przywołanym wyżej ust. 4, podstawą określenia wynagrodzenia za zaniechany zakres robót będzie protokół konieczności podpisany przez Kierownika Budowy wykonawcy i Inspektora Nadzoru Zamawiającego oraz kosztorysy sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej, zawierające pozycje dla robót zaniechanych z kosztorysu ofertowego Wykonawcy. W przypadku, gdy zaniechany zakres robót wynikających z dokumentów określonych w § 1 ust. 3 pkt 1 do 3, nie został uwzględniony przez wykonawcę w pozycjach kosztorysu ofertowego, ilość jednostek przedmiarowych zakresu robót zaniechaniu zostanie określona na podstawie przedmiaru podlegającego sporządzonego w oparciu o dokumenty określone w § 1 ust. 3 pkt 1 do 3. Wynagrodzenie za zaniechany zakres robót zostanie określone na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o w/w przedmiary z uwzględnieniem danych wyjściowych do

kosztorysowania określonych poniżej:

1. stawka r-g, wskaźnik kosztów po redukcji i zysku – b d to same z wielkościami tych składników cenowych zawartych w kosztorysie ofertowym,
2. ceny materiałów – według redukcji cen opublikowanych w kwartalnej Informacji cenowej o cenach materiałów budowlanych, elektrycznych i instalacyjnych (IBM; IME i IMI) SEKOCENBUD, obowiązujących w danym okresie i zawierających ceny zakupu, a w przypadku ich braku według cen udokumentowanych i uzgodnionych z Zamawiającym,
3. ceny sprz tu – według redukcji cen opublikowanych w kwartalnej Informacji cenowej o cenach pracy sprz tu (IRS) SEKOCENBUD, obowiązujących w danym okresie, a w przypadku ich braku według cen udokumentowanych i uzgodnionych z Zamawiającym.

Odwólcja stwierdził następnie, że w pkt XV.3 SIWZ Zamawiający postawił wymagania dotyczące wadium, w których określono m.in. i zabezpieczenie wniesione w formie gwarancji bankowej b d ubezpieczeniowej musi zawierać zobowiązanie, zgodne z art. 46 ust. 5 Pzp, o następującej treści:

„[...]Zamawiający zatrzymuje wadium:

1. jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
2. jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
  - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

15

---

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.[...]”.

W dniu 11 lutego 2016 r. Zamawiający dokonał modyfikacji punktu XV.3 SIWZ przez nadanie mu brzmienia:

„[...]Zamawiający zatrzymuje wadium:

1. jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie;
2. jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
  - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
  - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.[...]”.

e w Postępowaniu oferty złożyli czterech wykonawców. Odwołujący wyjątkowo,

Ceny ofert kształtowały się w następujący sposób:

1. oferta Odwołującego: 199.593.013,42 zł brutto,
2. oferta Konsorcjum Inso: 200.455.579,50 zł brutto,
3. oferta Konsorcjum E: 205.950.000,00 zł brutto,
4. oferta Konsorcjum A: 211.380,966,14 zł brutto.

Podkreślił, że z uwagi na fakt, iż wszyscy wykonawcy zaoferowali ten sam okres robót, oferta Odwołującego była najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego.

Odwólcja oświadczył, że jego oferta odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że błąd polegał na zastosowaniu niezgodnej z obowiązującymi przepisami stawki VAT w zakresie wyceny poszczególnych elementów składających się na cenę zgodnie z postanowieniami oferty. Zamawiający podniósł,

cenę brutto, zawartymi w Rozdziale

XXII SIWZ, oferta powinna zawierać propozycję

obliczoną o podatek VAT w sposób określony w ust. 2-8 ww. rozdziału i powiększoną wyliczoną według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie, co miało być odzwierciedlone w druku „Oferta” stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W toku badania złożonej przez Odwołującego oferty, Zamawiający stwierdził, iż w formularzu druku „Oferta” w cz. II – „Roboty budowlane”, Odwołujący do wyliczenia ceny dla niej wymienionych

pozycji zastosował odpowiednio:

16

1. w poz. 1 (roboty budowlane) – dwie stawki podatku VAT w wysokości: 23% i 8%,

2. w poz. 6 (instalacje gazów medycznych) – stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

W opinii Zamawiającego, Odwołujący powinien być dla ww. pozycji zastosował jedną, 23% stawkę VAT. Uzasadnia to faktem, iż budowa Szpitala Południowego w Warszawie jest usługą złożoną (kompleksową), na którą składają się roboty budowlane związane

szpitala z wykonaniem obiektu

szpitala oraz roboty związane z wyposażeniem tego

w instalacje, takiej jak wentylacja, c.o., instalacje elektryczne, gazowe (w tym instalacje gazów medycznych), teletechniczne, itp. Usługą złożoną składa się kombinacja różnych czynności prowadzących do realizacji określonego celu – wykonania wiadczenia głównego, które składają się również o wiadczenia pomocnicze. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala objęta podstawową stawką podatku VAT, natomiast wyposażenie podlegające wbudowaniu w strukturę budynku oraz instalacje gazów medycznych mają charakter pomocniczy i są środkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych, przy czym usługi należy uznać za pomocnicze, jeżeli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, co w ocenie Zamawiającego, ma miejsce w przypadku realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Zamawiający wskazał również, iż jego stanowisko w kwestii ustalenia właściwej stawki podatku VAT odzwierciedla również sposób opisu przedmiotu zamówienia, który został opisany za pomocą dokumentacji projektowej i przetargowej z uwzględnieniem kodów CPV, bez wskazywania elementów zamówienia, które mogą stanowić samoistny przedmiot odbioru wiadczenia, podlegający konkretnemu i umownie wyodrębnionemu elementowi, bez wykonywania pozostałych robót budowlanych. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zarówno w zakresie wyposażenia uwzględnionego w kosztorysie dla robót budowlanych, jak i w zakresie instalacji gazów medycznych, które będą wykonywane w ramach budowy

VAT dla Szpitala jako wiadczenia

głównego, powinien być przyjęta podstawowa stawka całego wiadczenia.

Odwołujący wyraża, że oferty Konsorcjum E oraz Konsorcjum Inso zostały odrzucone tylko w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Podkreśla, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do zbadania oferty pod kątem przyjęcia prawidłowej stawki VAT, kwestionuje natomiast sugerowane w uzasadnieniu odrzucenia oferty uprawnienie Zamawiającego do swobodnego uznania, która stawka podatku VAT jest prawidłowa, a tym samym przyznanie Zamawiającemu dyskrecjonalnej władzy w zakresie oceny, który z wykonawców zastosował stawkę zgodną z obowiązującymi przepisami,

17

a który niezgodny. W każdym bowiem przypadku, w którym Zamawiający dokonuje takiej oceny, decydujące jest brzmienie obowiązujących przepisów, a nie subiektywne przekonanie Zamawiającego. Tym samym, o sporu stanowią przepisy podatkowe i praktyka ich stosowania, które przesądza, iż Odwołujący zastosował stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Istota zagadnienia sprowadza się do problematyki wiadczeń kompleksowych. W ocenie Zamawiającego mamy do czynienia z jednym wiadczeniem kompleksowym – budowę szpitala, opodatkowaną stawką 23%. Z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że okoliczności, iż przedmiot zamówienia obejmuje jedno wiadczenie kompleksowe w postaci budowy szpitala, Zamawiający wywodzi przede wszystkim z opracowanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zamawiający twierdzi zatem, że sposób określenia (opisania) przedmiotu zamówienia

wiadczenia mamy do czynienia (np. wiadczeniem determinuje to, z jakim

rodzajem

kompleksowym), a to z kolei decyduje o tym, jaką stawkę VAT należy zastosować. Teza ta stoi w oczywistej sprzeczności, nie tylko z przepisami prawa podatkowego ale również

z zasadami logiki. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, należałoby przyjąć, że jedna strona transakcji dotyczy określonego świadczenia o tej konkretnej stawce podatku VAT wynikającej z przepisów, może być przez odpowiednie sformułowanie jego opisu doprowadzić do objęcia tego świadczenia inną stawką. Odwołujący stwierdził, że o tym czy świadczenie należy uznać za jedno kompleksowe, z podatkowego punktu

widzenia kilka

czy też za świadczenia odrębne i w konsekwencji, w jaki sposób opodatkować takie świadczenia, decyduj tylko i wyłącznie regulacje prawa podatkowego. Nie mogą być w tej materii postanowienia umowne, czy wola stron transakcji (tu wola decyduje ce na Zamawiającego ogłaszającego przetarg realizację zamówienia

publicznego).

W przeciwnym przypadku można by dojść do niedających się zaakceptować wniosków,

gdzie świadczenie w zależności od

opisu przedmiotu umowy realizacja to samych

wywoływała odmienny skutek podatkowy (podlegały opodatkowaniu według różnych stawek VAT).

Skorzystując kryterium decydującym o kwalifikacji podatkowej danego świadczenia są przepisy podatkowe odnosi się do problematyki świadczeń kompleksowych na gruncie podatku od towarów i sposobu ich opodatkowania. Kwestia ta była przedmiotem licznych orzeczeń sądów polskich oraz wspólnotowych, sądów administracyjnych interpretacji organów podatkowych, z których wynikają istotne wskazówki interpretacyjne co do traktowania tych świadczeń na gruncie VAT. Na wstępie wskazują, że analiza ww. orzeczeń pozwala na stwierdzenie, że zasadą ogólną na gruncie podatku od towarów i usług jest odrębność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług,

18

---

a rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia powinno mieć charakter wyjątkowy:

Niemniej jednak, na zasadzie wyjątku od reguły ogólnej, możliwe jest potraktowanie kilku świadczeń jako jednego świadczenia kompleksowego. Mamy w takim przypadku do czynienia z tzw. usługami kompleksowymi. Podejmując próbę zdefiniowania usług

gdzie jedno świadczenie występuje kompleksowych na gruncie

VAT należałoby stwierdzić,

w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy, albo przynajmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

jako Związek ten powinien być

na tyle ścisły, że uzasadnia traktowanie kilku świadczeń

jako jedno kompleksowe, mimo istnienia ww. zasady ogólnej, że każde świadczenie na gruncie VAT należy traktować odrębnie.

Odwołujący stwierdził, że o kompleksowości usług nie mogą decydować okoliczności subiektywne. W tej materii odwołał się do okoliczności obiektywnych i z tego punktu widzenia badał, czy w danym przypadku zaistniał na tyle ścisły związek, że można mówić o usłudze kompleksowej. W ocenie Odwołującego taki związek nie zachodzi w niniejszej sprawie. Budowa szpitala (opodatkowana stawką VAT 23%) i jego wyposażenie w wyroby medyczne (mogące korzystać ze stawki VAT 8%) nie są czynnościami powiązаныmi ze sobą tak ściśle, że można mówić o realizacji jednego kompleksowego świadczenia na gruncie podatku VAT. Na dowód powyższego można wskazać, że czynności

były realizowane przez dwa te obiektywnie i bez

uszczerbku dla Zamawiającego mogą

(firm budowlanych) odrębne podmioty, tj. w

zakresie robót budowlanych przez wykonawcę

oraz w zakresie wyposażenia szpitala w wymagane wyroby medyczne przez firmę prowadzącą działalność gospodarczą w tym zakresie, działającą na zlecenie wykonawcy lub nawet Zamawiającego. W powyższym kontekście niezwykle istotną pozostaje okoliczność, że z dokumentacji przetargowej wynika, że szereg elementów wyposażeniowych szpitala wskazanych w projekcie wykonawczym „Zestawienie pierwszego wyposażenia”, w tym wyroby medyczne służące prowadzonej działalności szpitalnej zostały jednak przez Zamawiającego wyodrębnione z przedmiotu zamówienia i będą dostarczane osobno przez

inne podmioty bezpo rednio na zlecenie Zamawiaj cego. Dotyczy to mi dzy innymi kolumn chirurgicznych oraz kolumn anestezjologicznych. Wyposa enie to ma charakter bardzo zbli ony do elementów wyposa enia uj tych w przedmiocie zamówienia, co do których Zamawiaj cy dyskrejonalnie uznał, e s one nierozzerwalnie zwi zane z budow szpitala i jako takie tworz usług kompleksow . Powy sze dowodzi, i to Zamawiaj cy sztucznie powi zał wybrane elementy wyposa enia, uznaj c i akurat te dobrane przez niego według elementy pomocnicze słu ce do zrealizowania budow y niejasnych kryteriów stanowi

19

szpitala. Jak wykazano w niniejszym odwołaniu takie działania Zamawiaj cego nie mog wpływaū na zastosowania okre lonej stawki VAT, bowiem konieczno ũ zastosowania okre lonej stawki wynika bezpo rednio z przepisów a nie z woli strony danej transakcji.

W ocenie Odwołuj cego argumentacja o braku wystarczaj cego zwi zku, by mo na było mówiū o tym, e dostawa wyrobów medycznych realizowana w zwi zku z robotami budowlanymi stanowi wiadczenie kompleksowe przejawia si równie w tym, e budowa budynku, np. szpitala i jego wyposa enie stanowi zupełnie odr bne kwestie. Budynek obiektywnie mo e zostaū uznany za nadaj cy si do u ytku w rozumieniu prawa budowlanego niezale nie od tego, czy został wyposa ony w sprz t odpowiedni do realizacji celu na jaki budynek został przeznaczony, np. budynek restauracji, hotelu. Nie mo na na problematyk kompleksowo ci usług patrzeū z punktu widzenia specyfiki danej działalno ci, np. medycznej, która zakłada, e szpital bez instalacji gazów medycznych nie mo e funkcjonowaū. Jest to bowiem instytucja odwołuj ca si do okoliczno ci obiektywnych i ma zastosowanie (lub nie) w ka dym przejawie aktywno ci gospodarczej opodatkowanej VAT. Inna sytuacja wyst puje zatem w ww. przykladzie dotycz cym monta u okna, gdzie nie był by on obiektywnie mo liwy bez dostawy okna ( wiadczenie kompleksowe), a inna sytuacja wyst puje w przypadku budow y szpitala przewiduj cej wyposa enie go w wyroby medyczne, gdzie obiektywnie budynek szpitala mo e powstaū bez wyposa enia go, np. w instalacj gazów medycznych (albowiem ta b dzie przedmiotem np. odr bnego zamówienia).

Odnosz c si do kwestii regulacji prawnej jaka ma zastosowanie do czynno ci

e kwesti t reguluj przepisy obj tych przedmiotem zamówienia

wskazaū nale y,

Ustawy o VAT. W my l art. 41 ust. a w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy o VAT obecnie podstawowa stawka podatku wynosi 23 %. Natomiast zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 – dla towarów i usług, wymienionych w zał czniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi obecnie 8 %. W poz. 105 zał cznika nr 3 do Ustawy o VAT przewidziano, e dostawa wyrobów medycznych w rozumieniu Ustawy, dopuszczonych do obrotu na terytorium Polski, opodatkowana jest stawek VAT 8 %. Takim wyrobem medycznym jest wyposa enie szpitalne wyszczególnione w kosztorysie robót budowlanych oraz instalacja gazów medycznych obj te przedmiotem zamówienia. Maj c powy sze na uwadze, Odwołuj cy konstruu j c ofert w zakresie ceny dotycz cej robót budowlanych

VAT 23 %, natomiast w zakresie obj tych przedmiotem

zamówienia zastosował stawek

dostawy wyrobów medycznych obj tych przedmiotem zamówienia zastosował stawek VAT 8 %.

Na marginesie Odwołuj cy wskazał, e działanie Zamawiaj cego polegaj ce na odrzuceniu oferty Odwołuj cego z najni sz cen oraz dwóch kolejnych ofert oraz wybór oferty najdro szej z nieprawidłow najwy sz stawek podatku VAT mo e budziū w tpliwo ci

20

z punktu widzenia zasad gospodarowania rodkami publicznymi, równie tego powodu, e zgodnie z zasadami funkcjonowania systemu VAT nie przysługuje prawo do odliczenia podatku naliczonego przy zakupie towarów i usług, np. budow y szpitala, które s wykorzystywane do wykonywania czynno ci zwolnionych z VAT, a takimi wiadczeniami s usługi w zakresie opieki zdrowotnej. Powy sze powoduje, e Zamawiaj cy kupuj c usług opodatkowan stawek 23 %, podczas gdy zgodnie z przepisami powinien kupiū j w cz ci opodatkowan stawek 8 %, zobowi zany b dzie ponie ũ wy szy koszt (wy szy podatek VAT), którego nie b dzie w stanie odzyskaū w ramach zwolnionej z VAT działalno ci prowadzonej w oparciu o wybudowany szpital (brak prawa do odliczenia VAT).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wezwać go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tej oferty w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, ukształtowana formalnie dani wyjaśnień, nabiera w określonych jako uprawnienie Zamawiającego możliwości okolicznościach charakteru obligatoryjnego, zwłaszcza w sytuacji gdy stwierdzone przez niego błędy mogły skutkować jej odrzuceniem. Zamawiającego nieprawidłowo ci w ofercie Na Zamawiającego tym samym bowiem obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania publicznego. okolicznościach przedmiotowej zamówienia sprawy, o udzielenie W 87 Pzp, skorzystanie przez z w art.

Zamawiającego instytucji przewidzianej

mogło doprowadzić do podjęcia przez Zamawiającego czynności innych niż odrzucenie oferty Odwołującego.

Na uzasadnienie zarzutów dotyczących Konsorcjum E Odwołujący podał, że zażądał ono do oferty gwarancji wystawioną przez ubezpieczeniową Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia nr 280000124114 z dnia 6 maja 2016 r. W drugim akapicie tego dokumentu, gwarant zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu kwoty wadium m.in., gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub o wiadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3, nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na 5, lub informacji o tym, poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Treść tego postanowienia jednoznacznie wskazuje na brzmienie art. 46 ust. 4a Pzp po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r., podczas gdy Postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie nowelizacji art. 46 ust. 4a Pzp. W związku z powyższym, na co wskazywał również Zamawiający w swojej odpowiedzi na z dnia 11 lutego 2016 r., treść gwarancji powinna uwzględniać brzmienie art. 46 ust. 4a Pzp

21

---

przed zmianą. Dlatego te Konsorcjum E powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

W zakresie zarzutów odnoszących się do Konsorcjum Inso i Konsorcjum A Odwołujący przytoczył pozycje w kosztorysach, które zostały uzupełnione w sposób niezgodny z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz w sposób, który może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulowaniu cenami:

1. Oferta Konsorcjum Inso:

a) Pozycje uproszczone:

- str. 139 oferty: Stolarka i łusarka wewn trzyna – dostawa i montaż – – przy tej cenie to 1.113.945,00 zł za komplet, bez rozbięcia na koszt robocizny, materiału i sprztu (przy tej ) zł),
- str. 139 oferty: Stolarka drewniana wraz z osprztem, wykonanie dla – obiektów słu by zdrowia, szkło bezpieczne – przy tej cenie to 1.718.010,00 zł za komplet, bez rozbięcia na koszt robocizny, materiału i sprztu (przy tej 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż bram wraz z osprztem – przy tej cenie to – 421.490,00 zł za komplet, bez rozbięcia na koszt robocizny, materiału i sprztu (przy tej 0 zł),
- str. 139 oferty: Drzwi stalowe dostawa i montaż – przy tej cenie to – 117.567,00 zł za komplet, bez rozbięcia na koszt robocizny, materiału i sprztu (przy tej 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż drzwi specjalistycznych RTG wraz – z osprztem – przy tej cenie 221.389,00 zł to za komplet, bez rozbięcia na koszt robocizny, materiału i sprztu (przy tej 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż drzwi specjalistycznych do sal – operacyjnych wraz z osprztem – przy tej cenie to 201.167,00 zł za komplet,

bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprz tu (przyj to 0 zł),  
str. 139 oferty: Wykonanie dokumen. techn. i kompletna zabudowa –  
systemowa pomp. bloku oper. – dostawa i monta – przyj ta cena  
to 793.800,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny,  
materiału i sprz tu (przyj to 0 zł),  
str. 139 oferty: Wykonanie dokumen. techn. i kompletna zabudowa –  
systemowa pomp. bloku oper. – dostawa i monta – przyj ta cena to  
340.200,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny,  
materiału i sprz tu (przyj to 0 zł)

b) niewycenione pozycje:

22

str. 1038 oferty; przebudowa studni gł binowej z obudow (pełny zakres) – –  
wycenione na 0 zł,

str. 1035 oferty; przej cie szczelne dla rury PE180 mm – wycenione na 0 zł. –

2. oferta Konsorcjum A:

a) brak podania kosztów po rednich oraz zysku,

b) niepoprawna kalkulacja robocizny, tj. wskazanie ceny za „komplet”, bez  
podania informacji o ilo ci oraz stawce roboczogodzin, co oznacza, i w tym  
zakresie Konsorcjum A nie przedło yło wyceny szczegółowej:

str.605 oferty: Wykonanie okablowania, podł czenia i uruchomienia instalacji –  
oddymiania gara y: przyj to robocizna 5.776,00 zł za jeden komplet,

str. 606 oferty: Monta instalacji monitoringu gazu wraz z okablowaniem: –  
przyj to robocizna 13.612,49 zł za jeden komplet,

– str. 597-611: Kosztorys dotycz cy wentylacji i klimatyzacji: przyj to  
roboczogodziny za komplet, w tym okablowanie i uruchomienie central:  
333.231,00 zł za komplet,

c) pozycje uproszczone:

str. 461 oferty: pomiary instalacji elektrycznych: przyj to 103.251,31 zł za –  
komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprz tu (przyj to 0 zł)

Zamawiaj cy wielokrotnie podkre lał, e wymaga od wykonawców przedlo enia  
kosztorysów opracowanych metod kalkulacji szczegółowej. W ramach odpowiedzi na

kalkulacj jednej pozycji pytanie nr 63 z dnia 7 grudnia

2015 r. podał przykładow

kosztorysu, z której wynikało, i wykonawcy winni rozbiü ceny jednostkowe, przez podanie

nakłady. kosztu materiału,

robocizny i sprz tu, wskazuj c równie niezbdne

Jedynym odst pstwem od tej zasady, jak dopu cił Zamawiaj cy, była wycena w formie

uproszczonej dostaw urz dze , z zastrze eniem, e monta , instalacja, próby itp. musz byü

danie Zamawiaj cego byü uzasadnione wyceniane w formie

kalkulacji szczegółowej.

i zwi zane z formuł Post powania.

Odwołuj cy podał, e zgodnie z § 4 ust. 1 rozporz dzenia Ministra Infrastruktury  
z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie okre lenia metod i podstaw sporz dzania kosztorysu  
inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów projektowych oraz planowanych kosztów  
robót budowlanych okre lonych w programie funkcjonalno-u ytkowym  
(Dz.U.2004.130.1389), kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na okre leniu  
warto ci poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpo rednich)  
oraz doliczeniu narzutów kosztów po rednich, przy uwzgl dnieniu takich czynników jak  
jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny, materiałów i pracy sprz tu; ceny czynników

23

produkcji: robocizny, ceny materiałów, ceny pracy sprz tu; oraz kosztów po rednich i zysku  
kalkulacyjnego. Powy szy sposób znajduje odzwierciedlenie w przykłdzie przedstawionym  
przez Zamawiaj cego, doł czonym do odpowiedzi z dnia 7 grudnia 2015 r.

W szeregu pozycji kosztorysowych, zarówno w ofercie Konsorcjum Inso, jak i w ofercie  
Konsorcjum A, wykonawcy ci dokonali wyceny jako kalkulacja własna, w formie  
uproszczonej, b d te nie podaj c wszelkich informacji, które niezbdne s w przypadku

kosztorysów sporządzonych metodami szczegółowymi. Co więcej, Konsorcjum A w ogóle nie podało informacji o wysokości kosztów po redukcji i zysku. Fakt nieuwzględnienia rozbięcia wskazanych pozycji zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz niepodanie takich informacji jak koszty po redukcji i zysk, oznacza w tym zakresie niezgodność treści oferty z SIWZ, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi bowiem być uznana taka zmiana formy prezentacji informacji, która zmienia jej zakres. Zaprezentowanie kosztorysu w formie danego kosztorysu szczegółowego jest ograniczeniem uproszczonej w miejsce składanych informacji w stosunku do danych przez zamawiającego i nie może być uznana za działanie zgodne z treścią SIWZ.

Samo zagadnienie, czy kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty i czy decyduje o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zależy od tego, jakie znaczenie zostało przypisane dla tego dokumentu przez zamawiającego. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na charakter kosztorysów składanych przez wykonawców. W Postępowaniu mamy do czynienia, jak sam to określił Zamawiający, z *quasi* ryczałtowym wynagrodzeniem. Z jednej strony Zamawiający wskazuje, i w sytuacji, gdy wykonawca w kosztorysie ofertowym nie wyceni jakiegokolwiek elementu wynikającego z dokumentacji projektowej, to i tak zobowiązany będzie do realizacji robót budowlanych w całości zgodnie z dokumentacją projektową. Należy przez to rozumieć, że w tym przypadku rola kosztorysów została ograniczona tylko do dokumentu pomocniczego, który nie może w adekwatny sposób ograniczać zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia, kompleksowego w pominięciu rozbięcia w szczególności w przypadku pozycjami kosztorysowymi a dokumentacją projektową i przetargową. Jednakże kosztorysy ofertowe pełni te drugie, istotne role, a mianowicie służą do rozliczenia robót zamiennych i zaniechanych. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 12 z dnia 1 kwietnia 2016 r., roboty budowlane wynikające z przeprojektowania dokumentacji, rozliczone będą jako roboty zamienne lub uzupełniającej. Z kolei postanowienia umowy dotyczącej kwestii robót zamiennych wskazują, iż ich rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysów ofertowych, w szczególności w oparciu o takie dane jak stawka r-g, wskaźnik kosztów po redukcji i zysku. Podkreślenia wymaga, iż w związku z przywołanymi zapisami umownymi oraz formułą przedmiotowego

24

---

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rzeczywista wartość inwestycji, zostanie ustalona dopiero powykonawczo. W ramach bowiem przedmiotowej Inwestycji, wystąpienie robót zamiennych nie jest czysto hipotetyczne, lecz pewne. Wykonawca realizujący przedmiot zamówienia będzie zobowiązany do obligatoryjnego przeprojektowania dokumentacji projektowej i przetargowej i dostosowania jej do aktualnie obowiązujących przepisów prawa i wytycznych Zamawiającego, wynikających z załącznika nr 15, co potwierdza, że reguła będzie rozliczenie przedmiotu zamówienia powykonawczo, gdy wymienione wyżej przeprojektowanie będzie miało wpływ na zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania. W związku z powyższym, pomimo przyjęcia na obecnym etapie wynagrodzenia ryczałtowego, jedynie w celu zobowiązania wykonawców do kompletnej wyceny robót wynikających z przekazanej dokumentacji, w ocenie Odwoławcy, wynagrodzenie, które ostatecznie uzyska podmiot realizujący zamówienie, będzie wynagrodzeniem kosztorysowym, obliczonym w oparciu o informacje znajdujące się w kosztorysach ofertowych.

Zarówno Konsorcjum A, jak i Konsorcjum Inso uzupełniło kosztorysy ofertowe w sposób, który może wskazywać na manipulowanie cenami, co jest naruszeniem dobrych obyczajów kupieckich i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim Konsorcjum I wyceniło pozycję „Przebudowa studni głębinowej z obudową (pełny zakres)” na 0 zł. Prace te wyceniane przez innych wykonawców na ok. 300 tys. zł są o tyle istotne, że zgodnie z założeniami do przeprojektowania dokumentacji projektowej i dokumentacji

rodła przetargowej,

zaadaptowanie istniejącej studni głębinowej (2A) jako rezerwowego zasilania w wodę Szpitala Południowego wraz z dostosowaniem istniejącego rezerwowego układu instalacji zasilania szpitala w wodę, będzie robotami zamiennymi w stosunku do przewidzianej w dokumentacji projektowej i przetargowej. Dlatego też, oferując 0 zł za

cen swojej oferty, wykonanie ww. robót,

Konsorcjum I mogło zaoferować ni sz

mając wiadomość, zgodnie z przyjętym sposobem rozliczenia prac zamiennych, otrzyma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowych prac, w wysokości ustalonej w oparciu o postanowienia umowy, tj. rzeczywiste wynagrodzenie za wykonanie tych robót. Nie ulega również w tym względzie, i nie da się wykonać tych prac, w sposób określony w dokumentacji projektowej i przetargowej, za 0 zł. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, działanie Konsorcjum I wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w związku z ofertą tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu złożenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oferta Konsorcjum I powinna zostać odrzucona jako niezgodna z wymaganiami SIWZ, zarówno w zakresie pozycji przebudowy studni głębinowej z obudową, jak i innych pozycji wskazanych we wcześniejszej części niniejszego odwołania.

25

Odnościami z kolei do oferty Konsorcjum A Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ten nie podał w ogóle wysokości kosztów po redukcji jak i zysku, co uniemożliwia uznanie przedłożonych przez niego kosztorysów za kosztorysy opracowane metodą szczegółów. Co więcej, we wskazanych wcześniej przykładach, Konsorcjum A nie podało prawidłowo kosztów robocizny. Ograniczyło się bowiem do wpisania kwoty za jeden komplet, bez wskazania, co dany komplet obejmuje (ilość i stawki roboczogodziny). Zdecydowana w tym kierunku sposobu wskazania kosztów robocizny, została określona w kosztorysach dotyczących wentylacji i klimatyzacji, w zakresie, który zgodnie z załoženiami przekazanymi przez Zamawiającego, podlegałby przeprojektowaniu. Również to może mieć wpływ na sposób rozliczenia ewentualnych robót zamiennych,

stawki będą całkowicie uniemożliwi

ich rozliczenie. Trudno bowiem rozstrzygnąć, jak roboczogodziny i w oparciu o jakie wyliczenia, strony będą mogły przyjąć do rozliczenia robót zamiennych będą uzupełniających. Nie mamy bowiem do czynienia z niewskazaniem stawki, lecz jej nieprawidłowym określeniem. W ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum A może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jest niezgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

#### **Sygn. akt KIO 901/16**

Odwołujący zaskarżył:

1. odrzucenie oferty Odwołującego,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A,
3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum I z uwagi na nieuwzględnienie w kalkulacji ceny tych robót i prac wymaganych do wykonania przez Zamawiającego i wynikające z tego błędnie w obliczeniu ceny, tj. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp,
4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inso z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
5. zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum IDS z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, tj. zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp,
6. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS z uwagi na nieuwzględnienie w kalkulacji ceny tych robót i prac wymaganych do wykonania przez Zamawiającego i wynikające z tego błędnie w obliczeniu ceny, tj. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp,
7. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

26

8. zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie racjonalności ceny, mimo iż cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza Konsorcjum A, jak również pozostałych złożonych ofert, są niższe o 30% od wartości zamówienia,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT przez przyjęcie, że Odwołujący zobowiązany był na potrzeby

- obliczenia ceny, w tym w Formularzu „Oferta” w Czci II m.in.  
 („Roboty w Budowlane”) poz. 1 („Roboty i w 6 Budowlane”) poz.  
 („Instalacje Gazów Medycznych”) zastosowaui stawk podatku VAT w wysoko ci  
 23%, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez przyj cie,  
 e oferta Odwołuj cego zawiera bld w obliczeniu ceny daj cy podstaw do  
 odrzucenia tej oferty i przez odrzucenie tej oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przyj cie, e tre ü oferty Konsorcjum A odpowiada  
 tre ci SIWZ, a w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje si do jej odrzucenia na  
 podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i przez zaniechanie odrzucenia tej oferty,
  3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzczenie oferty Konsorcjum A pomimo  
 wyst powania w niej bldów w obliczeniu ceny wynikaj cych z nieuwzgl dnienia  
 w kalkulacji ceny cz ci robót i prac wymaganych do wykonania przez  
 Zamawiaj cego,
  4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzczenie oferty wskazanego Konsorcjum Inso  
 pomimo wyst powania w niej bldów w obliczeniu ceny wynikaj cych  
 z nieuwzgl dnienia w kalkulacji ceny cz ci robót i prac wymaganych do  
 wykonania przez Zamawiaj cego,
  5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pprzez przyj cie, e tre ü oferty wskazanego  
 Konsorcjum Inso odpowiada tre ci SIWZ i w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje  
 si do jej odrzucenia na podstawie ww. przepisu i przez zaniechanie odrzucenia  
 tej oferty,
  6. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez przyj cie, e oferta Konsorcjum IDS nie zawiera  
 omyłek rachunkowych kwalifikuj cych si do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2  
 pkt 2 Pzp i zaniechanie poprawienia tych omyłek rachunkowych,
  7. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzczenie oferty Konsorcjum IDS  
 pomimo wyst powania w niej bldów w obliczeniu ceny wynikaj cych  
 z nieuwzgl dnienia w kalkulacji ceny cz ci robót i prac wymaganych do  
 wykonania przez Zamawiaj cego,

27

- 
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przyj cie, e tre ü oferty Konsorcjum IDS odpowiada  
 tre ci SIWZ i w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje si do jej odrzucenia na  
 podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty,
  9. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie post powania przeprowadzenia  
 wyja niaj cego w zakresie ra co niskiej ceny,
  10. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Post powania w sposób niezapewniaj cy  
 zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców  
 w rezultacie uchybie wskazanych powy ej.
- Odwołuj cy wniósł o uwzgl dnienie odwołania i nakazanie Zamawiaj cemu:
1. uniewa nienia odrzucenia oferty Odwołuj cego,
  2. uniewa nienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
  3. przeprowadzenia post powania wyja niaj cego w zakresie ra co niskiej ceny  
 zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do oferty Konsorcjum A oraz ofert tych  
 wykonawców, co do ofert których dojdzie do uniewa nienia czynno ci odrzucenia  
 ich oferty,
  4. poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych zawartych w ofercie  
 Konsorcjum IDS, w przypadku uprzedniego uniewa nienia czynno ci odrzucenia  
 jego oferty,
  5. dokonania powtórnego badania i oceny zło onych ofert,
  6. odrzucenia oferty Konsorcjum A,
  7. odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, w przypadku uprzedniego uniewa nienia  
 czynno ci odrzucenia jego oferty,
  8. odrzucenia oferty Konsorcjum IDS, w przypadku uprzedniego uniewa nienia  
 czynno ci odrzucenia jego oferty,
  9. dokonania wyboru oferty Odwołuj cego jako oferty najkorzystniejszej.
- Odwołuj cy stwierdził, e jest ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego,  
 którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia.  
 W tym celu Odwołuj cy zło ył ofert , której tre ü jako jedyna spełnia wymagania stawiane  
 przez Zamawiaj cego. Oferta Odwołuj cego jest przy tym ofert korzystniejsz od wybranej

przez Zamawiającego oferty Konsorcjum A, pomimo czego oferta Odwołującego została odrzucona. Jednocześnie, z uwagi na to, że Zamawiający dopuścił się uchybień w weryfikacji ofert złożonych przez Konsorcjum IDS, Konsorcjum Inso i Konsorcjum A, zasadnym jest również podniesienie przez Odwołującego cego zidentyfikowanych przez niego na tym etapie sprawy uchybień dotyczących ofert złożonych przez wskazane konsorcja. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego cego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp

28

W zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego cego w uzasadnieniu wskazano, że podstawą zaskarżenia było zastosowanie przez Odwołującego cego do kalkulacji ceny stawek podatku VAT w nieprawidłowej, zdaniem Zamawiającego, wysokości, tj. w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 1 („Roboty Budowlane”) stawek podatku VAT w wysokości 8% i 23%, a w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”) stawki podatku VAT w wysokości 8%. W ocenie Zamawiającego dla całego przedmiotu zamówienia, w tym również dla wskazanych powyżej pozycji, Odwołujący powinien zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Stanowisko Zamawiającego o braku podstaw odrzucenia przez niego oferty Odwołującego cego jest błędne. W okolicznościach sprawy Odwołujący był bowiem uprawniony zastosować wskazane powyżej stawki VAT w wysokości 8%, zastosowanie tej stawki nie stanowiło błędów w obliczeniu ceny oferty, a odrzucenie oferty Odwołującego cego z tej przyczyny było niezgodne z przepisami Pzp.

Punktem wyjścia wszelkich rozważań w zakresie prawidłowości przyjęcia stawki VAT powinien być wymóg postawiony przez Zamawiającego w pkt 1 Rozdziału XXII SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny oferty”) zgodnie z którym „[...]Oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, tj. obliczonej w sposób określony w ust. 2-8 i powiększonej o podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie[...]”.

Odwołujący wskazuje cen swojej oferty zachował się zgodnie z przytoczonym netto obliczonym postanowieniem SIWZ i powiększył cenę w sposób określony w ust. 2-8

(tj. wynikającą z kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółów) o VAT według stawki wynikającej z obowiązujących przepisów.

Odwołujący wskazał, że obniżył stawkę VAT w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 1 („Roboty Budowlane”) jedynie dla tych materiałów, urządzeń i wyposażenia, dla których było to dopuszczalne. Zgodnie bowiem z przedmiotem sporządzonym przez Zamawiającego i kosztorysem przygotowanym przez Odwołującego cego, poz. 1 w Części II Formularza „Oferta” obejmuje swoim zakresem materiały, urządzenia i wyposażenie, które stanowi wyroby medyczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 Ustawy i jako takie, zgodnie z art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT i Załącznikiem 3 do niej, kwalifikowały się do objęcia ich stawką podatku VAT 8%. Znamienne jest przy tym to, że sprzedawcy i dostawcy wskazanych powyżej materiałów, urządzeń i wyposażenia przedstawili Odwołującemu ofertę na te wyroby, z których również wynika zastosowanie takiej stawki VAT, co potwierdza zasadność jej zastosowania w tym zakresie.

29

Co również istotne, tak jak sam Zamawiający w przygotowanym przez niego przedmiarze wskazał materiały, urządzenia i wyposażenie przedstawił jako objęte stawką VAT 8%. W konsekwencji aktualne twierdzenie, jakoby powinny być one objęte stawką VAT 23% oznacza w istocie, że Zamawiający wskazanymi powyżej dokumentami wprowadził (co najmniej w sposób niezamierzony) w błąd wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powyższe rozważania prowadzą – w ocenie Odwołującego cego – do wniosku, że w przedmiotowej sprawie w Formularzu „Oferta” w Części II Zamawiający („Roboty Budowlane”) w poz. 1 („Roboty Budowlane”) był zobowiązany do zastosowania stawki podatku VAT 8% i prawidłowo zastosował wskazaną stawkę podatku VAT 8%. Zastosowanie przez Zamawiającego stawki podatku VAT 8% i 23% w przedmiarach jest o tyle istotne, że to właśnie nie w oparciu o te przedmiary wykonawcy mieli obowiązek

sporządzeni kosztorysy szczegółowe, które zgodnie z Rozdziałem XXIII pkt 3 SIWZ stanowiły podstaw do obliczenia ceny przedmiotu zamówienia.

Chybione jest również przyjęcie przez Zamawiającego, a Odwołujący zobowiązany był zastosować stawkę podatku VAT 23% w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”). Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wykonanie instalacji gazów medycznych miało dla realizacji zamówienia publicznego jedynie pomocniczy charakter. W konsekwencji, w ocenie stawkę podatku VAT 23%. Zamawiającego, całość

zamówienia należało objąć jednolit

Przede wszystkim, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, instalacji gazów medycznych nie można uznać za świadczenie jedynie pomocnicze, niesamodzielne i marginalne.

Taka instalacja ma bowiem samodzielny i autonomiczny charakter, w rezultacie czego będzie zakwalifikowana, po uzyskaniu odpowiednich certyfikatów, jako wyrób medyczny.

Podkreślić przy tym należy, że wykonanie instalacji gazów medycznych może być przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego, co tak jest w zasadzie przesłanką o samodzielnym charakterze takiej instalacji. Wskazane zamówienie publiczne dotyczące instalacji gazów medycznych może tak być realizowane przez podmiot, który w ten sposób nie będzie powiązany z wykonawcą realizującym np. roboty budowlane dotyczące budynku

należy, a o braku szpitala. W kontekście

wywodów Zamawiającego wskazał również

wiadomości ani zestawienie kosztów jej wykonania, odrębności danej usługi nie można

nie

wskazywać na jej niską wartość względem świadczenia, które strona uważa za zasadnicze, ani też przyjęcie jednego wynagrodzenia ryczałtowego jako formy wynagrodzenia za wykonanie.

W okolicznościach sprawy nie sposób również uznać, aby świadczenia objęte przedmiotem zamówienia stanowiły nierozdzielnie całość z widzenia ich punktu

30

---

gospodarczego i funkcjonalnego przeznaczenia, a tylko w przypadku wystąpienia takiej okoliczności może na to być w ogóle rozważenie prób uznanie przedmiotu zamówienia za jedno świadczenie. Dla takiej oceny i zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT całkowicie bez znaczenia jest zatem nawet i to, że wskazana instalacja jest instalowana

instalacji, w obiektach szpitalnych.

Instalacja gazów medycznych byłaby bowiem tak

jako kompleks powiązanych ze sobą urządzeń, tak jest poza szpitalem i z tego powodu, jako wyodrębniona samodzielnie struktura, jest objęta odrębną, preferencyjną stawką VAT.

W kontekście powyższego Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie istotnym jest również to, że Zamawiający jednoznacznie wyodrębnił instalacje gazów medycznych w przygotowanej dokumentacji. Wskazane instalacje w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) stanowiły odrębną pozycję (poz. 6 – „Instalacje Gazów Medycznych”).

Na poparcie przedstawionej argumentacji Odwołujący dokonał przeglądu orzecznictwa Izby, sądów administracyjnych i TSUE.

W tych okolicznościach twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia ofert o konieczności zastosowania jednolitej stawki podatku VAT 23% jest niczym innym jak naruszeniem przepisów Ustawy o VAT, które doprowadziło do wyboru najdroższej ze wszystkich złożonych ofert – oferty Konsorcjum A, mimo że w ofercie tej zawyżono stawkę podatku VAT. Takie działanie stanowi nie tylko naruszenie Pzp, ale również może stanowić naruszenie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych. Zamawiający nie może oczekiwać, aby wykonawcy składający oferty naruszali wskazane przepisy. Ponadto takie stanowisko Zamawiającego prowadziłoby finalnie do tego, że płacono by wyższe ceny za realizację zamówienia, ponieważ wykonawcy składający oferty dolicziliby podatek VAT 23%

w ocenie organów zamiast podatku VAT 8%.

Zamawiający nie zauważa tak, że i

podatku VAT 8%, podatkowych za prawidłowo

musiałaby być uznana stawka

podatku VAT 23% a w konsekwencji przyjęcie

przez niego faktur VAT ze stawk

oznaczałoby przyjęcie faktur VAT nieprawidłowo wystawionych, ze wszystkimi tego

konsekwencjami prawnymi i finansowymi (m.in. w zakresie obowiazku przeprowadzenia procedury odpowiedniego skorygowania nieprawidlowo wystawionych faktur VAT).

Odwoluj cy podkrelił, e nie mo e ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy zastosował w ofercie stawki podatku VAT prawidlow na gruncie

ponadto, obowiazujacych przepisów. Powy sze rozwa

ania dowodzi e Odwołuj cy

ci II („Roboty prawidlowo zastosował

stawki podatku VAT 8% w Formularzu „Oferta” w Cz Budowlane”) w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”).

Ponadto w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiaj cy powołuje si na opisanie przedmiotu zamówienia za pomoc dokumentacji projektowej i przetargowej,

31

---

z uwzgl dnieniem kodów CPV, bez wskazywania elementów zamówienia, które mogłyby stanowić samoistną część przedmiotu wiadzczenia. Tymczasem Zamawiaj cy sam wskazał

e przedmiot zamówienia nie w Rozdziale XXIX SIWZ

(opis przedmiotu zamówienia),

obejmuje dostaw wyposa enia Szpitala, z wyłączeniem dostaw niezb dnych do wykonania robót budowlanych, a przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej i przetargowej (załączonej do SIWZ) oraz wyposa enia pomieszcze : a) chłodni (...), b) Sali sekcyjnej (...).

Nast pnie Odwołuj cy podał, e przepis art. 90 ust. 1 Pzp jednoznacznie wskazuje na obowiazek wszcz cia przez Zamawiaj cego post powania wyjaniania cego w zakresie ra co niskiej ceny, je eli cena jest ni sza o co najmniej 30% od wysoko ci któregośkolwiek z dwóch ustawowych wska ników, a nie od obydwu wska ników łącznie.

Zamawiaj cy okre lił warto ć zamówienia (bez zamówie uzupełniajacych) na kwot 255.880.072,07 zł netto. Natomiast bezpo rednio przed otwarciem ofert Zamawiaj cy podał kwot jak zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysoko ci 314.732.488,64 zł brutto.

Wskazana w protokole Post powania warto ć oferty Konsorcjum A wynosi 211.380.966,14 zł brutto, Konsorcjum Inso – 200.455.579,50 zł brutto, Konsorcjum IDS – 199.593.013,42 zł brutto, a Odwołuj cego – 205.950.000,00 zł brutto. Powy sze oznacza, e warto ć wszystkich ww. ofert jest o co najmniej 30% ni sza od warto ci szacunkowej zamówienia. W konsekwencji, w wietle przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiaj cy powinien był, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzić procedur , o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Je li w wyniku zło onych wyjanienia okazałoby si , e oferta zawiera ra co nisk cen , podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Obligatoryjnie ć post powania wyjaniania cego wynika z art. 90 ust. 1 Pzp,

stwierdzeniem, „zamawiaj cy zwraca si o udzielenie gdzie ustawodawca postępuje

si

wyjanienia”.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum IDS Odwołuj cy wyjanienia, e Zamawiaj cy w pkt 3 Rozdziału XXII SIWZ wskazał, e podstaw obliczenia ceny za roboty budowlane b d kosztorysy opracowane przez wykonawc , a w pkt 5 SIWZ, e kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych

szczegółów , w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR. sporz dzonych metod 10 na pytania wykonawców stwierdził, W odpowiedzi nr Zamawiaj cy

załączone do oferty słu e „[...]Kosztorysy ofertowe, które b d jedynie do

wyliczenia

warto ci robót budowlanych wycenionych na podstawie przekazanej dokumentacji

32

---

projektowej i STWiOR. Wobec powy szego Zamawiaj cy nie wyraża zgody na odst pienie z konieczności składania przez Wykonawc kosztorysów ofertowych wraz z ofert „[...]”.

Z powy szych postanowie jednoznacznie wynika, e szczegółowe kosztorysy ofertowe mają istotne znaczenie przy ustaleniu warto ci oferty danego wykonawcy.

Istotne znaczenie kosztorysowi nadał sam Zamawiaj cy w jednoznacznych w swej treści postanowieniach SIWZ. Naturalnym jest wi c, e kosztorys ofertowy podlega weryfikacji pod

wzgl dem prawidłowo ci kalkulacji ceny oferty, która zgodnie z SIWZ „winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową”. Gdyby kosztorys miał znaczenie wyłącznie dla wykonawcy i adnego dla Zamawiającego, to niezasadne byłoby wymaganie jego złożenia i opracowania w formie kosztorysu szczegółowego, a więc uwzględniającego zasady kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej.

Obowiązek weryfikacji poprawności kalkulacji ceny oferty nie zmienia faktu, iż Zamawiający przewidział wynagrodzenie w formie ryczałtowej, ponieważ, po pierwsze, to właśnie cena ryczałtowa ma wynikać z kosztorysów szczegółowych stanowiących podstawę jej ustalenia, a po drugie, wynagrodzenie ryczałtowe odnosi się do realizacji umowy i oznacza niezmiennie wynagrodzenie, a nie do sposobu obliczania ceny. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w aden sposób nie zwalnia Zamawiającego z badania poprawności oferowanego wiadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Skonstatował, że obowiązek ustawowy, od którego wykonania Zamawiający nie może się uchylić w aden sposób. Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim wiadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Skutek tego rozproszenia ewentualnych wątpliwości Zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwienia poprawienia oferty zgodnie z obowiązującym wyrokiem z art. 87 ust. 2 Pzp.

Odwolujący stwierdził, że nawet w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego mogą występować w ofercie omyłki pisarskie, rachunkowe i inne omyłki, które podlegają poprawieniu przez Zamawiającego, zgodnie z nakazem wyrokiem z art. 87 ust. 2 Pzp. Skonstatował, że Konsorcjum IDS w kosztorysie ofertowym na roboty budowlane, branża architektoniczna, określiło na podstawie kosztorysu szczegółowego wartość robót dla tej branży bez VAT w kwocie 53.810.694,80 zł, a wartość robót po jego uwzględnieniu w kwocie 65.746.860,68 zł. Tymczasem w wyniku działania arytmetycznego polegającego na przemnożeniu ilości robót przez ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu ofertowego branży architektonicznej (pozycje od 1.1.1 do 4.23 kosztorysu, tj. str. od 457 do 494 oferty) uzyskuje się sumę wszystkich pozycji wskazanego kosztorysu w wysokości 65.746.660,68 zł, a nie w wysokości 53.810.694,80 zł. Po doliczeniu VAT wg. stawki przyjętej dla tej branży przez Konsorcjum IDS wartość brutto branży architektonicznej winna

33

wynosi 80.392.707,04 zł, a nie 65.746.860,68 zł brutto. W wyniku poprawienia wskazanej omyłki rachunkowej wartość oferty Konsorcjum IDS wyniesie 214.283.103,50 zł brutto (uwzględniając przyjętą przez niego stawkę VAT). W konsekwencji kolejno oferty z uwagi na cenę kształtowałyby się następująco:

#### IDS-BUD INSO EFBUD ASTALDI

Wartość brutto z 199.593.013,42 200.455.579,50 205.950.000,00 211.380.966,14 otrzymania ofert:

Wersja Lp.	Opis kalkulacji	Wartość brutto	Wartość brutto	Wartość brutto	Wartość brutto	PLN	PLN	PLN	PLN
	jedną stawkę VAT 23% na								
	wszystkie elementy oferty, 1	215.215.739,80	201.374.710,81	206.670.300,00	211.380.966,14				
	po poprawie omyłek								
B	po poprawie rachunkowych								
	omyłek rachunkowych stawki VAT								
	zgodnie z ofertami								
	wykonawców, 2	214.283.103,50	200.455.579,50	205.950.000,00	211.380.966,14				
	omyłek rachunkowych								

Z powyższego wynika, że zaniechanie Zamawiającego miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, ponieważ mogło spowodować zmianę kolejności ofert.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum IDS nie uwzględniło w kosztorysach ofertowych, a zatem nie wyceniło następujących robót, mimo iż miało taki obowiązek zgodnie z wyjątkami udzielonymi przez Zamawiającego w trakcie Postępowania, w szczególności ci:

1. Odpowiedź 168 oraz 195 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 09\_ wymiennikownia. Konsorcjum IDS nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągu. Pozycje 1.42-1.48 – zastosowano grubość otuliny jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).

2. Odpowiedź 172 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
W kosztorysie 06\_Instalacje sanitarne – gazy medyczne Konsorcjum IDS nie dodało działu „system dezynfekcji z wykorzystaniem generatora chloru” zgodnie z poleceniem Zamawiającego.
3. Odpowiedź 190 z dnia 28 grudnia 2015 r. dla pytania 192:  
Kosztorys 09\_ wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum IDS nie zmieniło ilości oraz rednicy zaworów SYR zgodnie z PW.

34

- 
4. Odpowiedź 198 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 09\_ wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum IDS nie dodało pozycji dotyczącej konstrukcji stalowej wsporczej pod kolektory słoneczne.
  5. Odpowiedź 186 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_ wod\_ kan. Konsorcjum IDS nie dodało nowych pozycji kosztorysowych dotyczących wyceny punktów stałych (PS) widocznych na rysunkach PW.
  6. Odpowiedź 175 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_ wod\_ kan. (wyposażenie w drabinki, pomosty itp. zbiornika wody). Konsorcjum IDS nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
  7. Odpowiedź 176 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_ wod\_ kan. (wycena linii gazowej HWP-52-dla inst. Ppo.). Konsorcjum IDS nie uwzględniło tej odpowiedzi.
  8. Odpowiedź 177 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys Q4\_ wod\_ kan. (dostarczenie pojemników pianotwórczych dla inst. Ppo.). Konsorcjum IDS nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
  9. Odpowiedź nr 3 z dnia 5 stycznia 2016 r.:  
Kosztorys 01 Rob\_budowl. Belki i słupy rozprężalne nie zostały wycenione w kosztorysie ofertowym w ramach bloku „Rozprężalnia”.
  10. Odpowiedź nr 207 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 01 Rob\_budowl. Wsporniki osłon płyty lotniska nie zostały uwzględnione w ofercie.

Odwołujący ocenił, że wartość w/w niewycenionych elementów to 248.978,66 zł netto.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum IDS usunęło z kosztorysu ofertowego pewne elementy robót, pomimo że były one ujęte w przedmiarze robót opracowanym przez Zamawiającego oraz w dokumentacji projektowej [Roboty budowlane, poz. 214 (zbrojenie na przebiegu – 1 kpl.), poz. 306 (Dostawa i montaż aluzji miedzianych z osprzętem według opisu w projekcie – 1 kpl.), poz. 401 (Szlaban p.a. – 5 kpl.), Instalacje zewnętrzne wod-kan, poz. 1.28 (Przejście szczelne dla rury elipsoidalnej fi 100 mm – 1 szt.), poz. 4.1.13 (Przejście szczelne dla rury PE 180 mm – 1 szt.), poz. 8.1.16 (Przejście szczelne dla rury PVC fi 400 mm – 2 szt.), poz. 9.1.18 (Przejście szczelne dla rury PVC fi 400 mm – rednica dla fi 500 i 315 mm – 2 szt.), Instalacje elektryczne, poz. 29 (monitoring pracy ZSE – 1 kpl.), poz. 154 (Postumenty betonowe do latarni – 49 szt.)].

35

---

Zdaniem Odwołującego wartość w/w elementów to 520.353,78 zł netto.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt 3 Rozdziału XXII SIWZ, podstaw obliczenia ceny za roboty budowlane będące kosztorysami opracowanymi przez wykonawcę. Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego i przekazane wykonawcy stanowią jedynie podstawę informacyjną, a zgodnie z pkt 5 SIWZ kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej

szczegółów, w ofercie winna wynikać z

kosztorysów ofertowych sporządzonych metodami

w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR. W sytuacji, w której cena oferty wynika z takiej kalkulacji nie obejmuje elementów robót, które zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego, przedmiotami robót oraz dokumentacją projektową ewidentnie powinny w tej kalkulacji zostać wycenione, wykonawca w istocie zaproponował wykonanie robót w zakresie w którym tego wymagał Zamawiający. Z uwagi na to, że Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego dokonania poprawy wskazanego uchybienia bez ingerencji

wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz, takich jak ceny jednostkowe (w rozbić na R, M, S, Kp, Z) oraz określenie ilości robót, wskazane uchybienie nie może zostać poprawione, a zatem oferta z tej tylko przyczyny powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Co istotne, opisane działanie Konsorcjum IDS, polegające na pominięciu w kosztorysie pozycji przedmiarowych oraz odpowiedzi Zamawiającego jest działaniem zamierzonym i wiadomym, ponieważ pominięto pozycje wskazane mu przez samego Zamawiającego. Nie są to więc roboty, których wykonawca mógł nie zauważyć analizując obszerną dokumentację i sposób projektów. W tych okolicznościach wskazanych uchybie kwalifikowało jako jakichkolwiek omyłek kwalifikujących się do usunięcia samodzielnie przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na znaczenie nadane kosztorysom Konsorcjum IDS nie wyceniałe w kosztorysie ofertowym, który stanowił podstawę obliczenia ceny, ww. elementów robót, dopuścił się do w obliczeniu ceny. Kosztorys nie obejmuje bowiem wszystkich pozycji, które powinien obejmować, aby dawał podstawę do wyliczenia ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym oferta Konsorcjum IDS powinna być tylko z tej przyczyny odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum Inso Odwołujący wyjątkowo, Zamawiający wskazał w pkt 5 Rozdziału XVI SIWZ, że „[...]wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi załączyć do oferty niżej wymienione dokumenty lub oświadczenia: (...) 6) kosztorysy ofertowe, sporządzone szczegółów z zasadami określonymi metod w Rozdziale XXII SIWZ, w formie papierowej[...]”.

36

---

W pkt 5 Rozdziału XXII SIWZ, Zamawiający wskazał z kolei, że kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółów, w oparciu o dokumentację i STWiOR. Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości, że „kosztorys szczegółowy” to kosztorys przy cenach kalkulacji uwzględniający ustalanie zasady jednostkowych szczegółowej ceny jednostkowej. Wynika to m.in. jednoznacznie z odpowiedzi na pytanie nr 63 z dnia 7 grudnia 2015 r.

Wycena taka powinna obejmować rozbić ceny jednostkowej dla każdej pozycji kosztorysowej na R (roboty), S (sprzęt), M (materiały), oraz Kp (koszty pośrednie) i Z (zysk). Ponadto, profesjonalny podmiot powinien znać różnicę pomiędzy kalkulacją uproszczoną i kalkulacją szczegółów, analizując chociażby przepisy § 2 pkt 1 oraz § 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-technicznym.

Konsorcjum Inso w kosztorysie ofertowym dla robót budowlanych zamiast ilości zamiast pozycji według oczekiwanego przez Zamawiającego schematu, pozycje skalkulowane metodą uproszczoną (cena jednostkowa razy ilość). Są to m.in. pozycje:

1. poz. 1.1.2.2, str. 17 oferty (4 kosztorysu),
2. poz. 1.3.3.4, str. 107 oferty (94 kosztorysu),
3. poz. 1.3.4.3, str. 109 oferty (96 kosztorysu),
4. poz. 1.3.4.4, str. 109 oferty (96 kosztorysu),
5. poz. 1.3.4.5, str. 109 oferty (96 kosztorysu),
6. poz. 1.3.4.7, str. 110 oferty (97 kosztorysu),
7. poz. 1.4.3.5, str. 126 oferty (113 kosztorysu),
8. poz. 1.4.3.6, str. 126 oferty (113 kosztorysu),
9. poz. 1.4.4.10, str. 131 oferty (118 kosztorysu),
10. poz. 1.4.4.11, str. 131 oferty (118 kosztorysu),
11. poz. 1.4.4.24, str. 135 oferty (122 kosztorysu),
12. poz. 1.4.4.25, str. 135 oferty (122 kosztorysu),
13. poz. 1.4.5.1, str. 137 oferty (124 kosztorysu),
14. poz. 1.4.6.1-1.4.6.10, str. 139 oferty (126 strona kosztorysu),
15. poz. 1.4.7.1-1.4.7.2, str. 141 oferty (128 strona kosztorysu).

W kolejnych pozycjach kosztorysu zostały z kolei skalkulowane roboty bez robocizny (sam materiał), co równie nie odpowiada kosztorysowaniu metod szczegółów (robocizna, materiał, sprz t). S to m.in. pozycje:

1. poz. 1.1.6.10, str. 41 oferty (28 kosztorysu),
2. poz. 1.1.6.13, str. 42 oferty (29 kosztorysu),
3. poz. 1.2.4.26, str. 82 oferty (69 kosztorysu),
4. poz. 1.3.4.8, str.110 oferty (97 kosztorysu),
5. poz. 1.3.4.9, str. 110 oferty (97 kosztorysu),
6. poz. 1.3.7.1, str. 117 oferty (104 kosztorysu),
7. poz. 1.3.7.2, str. 117 oferty (104 kosztorysu),
8. poz. 1.3.8.1, str. 118 oferty (105 kosztorysu),
9. poz. 1.5.1.5-1.5.1.7, str. 143 oferty (130 kosztorysu),
10. poz. 1.5.2.1-1.5.2.6, str. 144 strona (131 strona kosztorysu)

Na str. 132 tego kosztorysu (podsumowanie) Konsorcjum Inso wskazuje wprost, i s to pozycje „uproszczone”, co oznacza, i cz ü zakresu zamówienia wyliczono metod uproszczon , a nie szczegółów , jak wyra nie wymagał Zamawiaj cy. Warto ü wskazanego zakresu wynosi 19.977.437,12 zł netto (24.016.146,97 zł brutto), a wi c jest to uchybienie obejmuj ce ok 12% warto ci kosztorysu. Wykonawca nie doł czył zatem dokumentu wymaganego przez Zamawiaj cego w Rozdziale XVI SIWZ, gdy miał doł czyü do oferty kosztorys ofertowy sporz dzony metod szczegółów , zgodnie z zasadami okre lonymi w Rozdziale XXII SIWZ, w formie papierowej, a doł czył kosztorys sporz dzony metod mieszan – w cz ci uproszczone, a w cz ci szczegółowy.

Odwołuj cy podkre lił, e Zamawiaj cy nadał kosztorysowi ofertowemu istotne znaczenie i uczynił go elementem oferty, co Zamawiaj cy równie podkre la w formularzu oferty wskazuj c w nim, e kosztorysy ofertowe s „integraln cz ci oferty”. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawców z obowi zku składania ofert, których tre ü w pełni odpowiadała i potwierdzała b dzie zgodnie ü z wymaganiami SIWZ, równie w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Ustalenie ryczałtowego

cego charakteru

wynagrodzenia nie jest samo przez si podstaw do stwierdzenia niewi

wprost kosztorysu ofertowego,

gdy jego wi cy charakter wynika charakteru

m.in., z postanowie SIWZ, które stanowi e „podstaw obliczenia ceny za roboty budowlane b d kosztorysy opracowane przez Wykonawc ”, a „Kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w wynikuü z kosztorysów ofertowych ofercie winna sporz dzonych metod szczegółów , w oparciu o dokumentacj projektow i STWiORB”. Zawarty w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny oferty wskazuje, e kosztorysy szczegółowe

miały dla zamawiaj cego charakter cenotwórczy, poniewa cena ofertowa robót budowlanych wynika z sumowania cen kosztorysowych,

Zdaniem Odwołuj cego Zamawiaj cy nadał kosztorysom ofertowym istotne znaczenie równie z uwagi na kwestie rozliczenia robót na etapie realizacji zamówienia, Zgodnie bowiem z § 8 ust. 4 i ust. 6 wzoru umowy wynagrodzenie za zaniechany zakres robót lub za zamienny zakres robót zostanie okre lone na podstawie kosztorysu szczegółowego sporz dzonego w oparciu o przedmiar z uwzgl dnieniem danych wyj ciowych do kosztorysowania okre lonych jako m.in. – stawka r-g, wska nik kosztów po rednich i zysku – b d to same z wielko ci tych składników cenowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Brak uwzgl dnienia w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Inso rozbicia ww. pozycji kosztorysowych na R, M, S, Kp, Z uniemo liwia dokonanie wyceny robót zaniechanych lub zamiennych, poniewa nie ma danych wyj ciowych do sporz dzenia kosztorysu ofertowego metod dla takich robót. Powy sze powoduje, szczegółów e w ofercie Konsorcjum Inso wyst puje brak istotnego elementu cenotwórczego stanowią cego element umowy o robot budowlan , co pozbawia zamawiaj cego mo liwo ci pó niejszej korekty wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia (w przypadku gdyby oferta Konsorcjum Inso została wybrana jako najkorzystniejsza). Zgodnie bowiem z postanowieniami wzoru umowy informacje zawarte w kosztorysie ofertowym maj istotne

znaczenie, co oznacza, że stanowi element treści oferty w zakresie podstawy wyceny ewentualnych robót lub zamiennych oraz ustalania harmonogramu zaniechanych rzeczowo-finansowego i dokonywania zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty w oparciu o ten harmonogram. W tej sytuacji wskazany brak jest brakiem przedmiotowo istotnym i nie może podlegać korekcie w drodze poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwolując się podsumował, że mając powyższe na uwadze, treść oferty Konsorcjum Inso nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp czego Zamawiający zaniechał.

Niezależnie od wskazanego uchybienia, Konsorcjum Inso nie uwzględniło zmian w kosztorysach ofertowych, a zatem nie wyceniło następujących pozycji, mimo iż miało taki obowiązek zgodnie z poniższymi wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w szczególności:

1. Odpowiedź 168 oraz 195 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 09\_wymiennikownia. Konsorcjum Inso nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągu. Pozycje 1.42- 1.48 – zastosowano grubość otuliny jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).
2. Odpowiedź 172 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

39

---

W kosztorysie 06\_Instalacje sanitarne – gazy medyczne nie dodano działu „system dezynfekcji z wykorzystaniem generatora chloru” zgodnie z poleceniem Zamawiającego,

3. Odpowiedź 190 z dnia 28 grudnia 2015 r. dla pytania 192:  
Kosztorys 09\_wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum Inso nie zmieniło ilości oraz rodzaju zaworów SYR zgodnie z PW.
4. Odpowiedź 198 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 09\_wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum Inso nie dodało pozycji dotyczącej konstrukcji stalowej wsporczej pod kolektory słoneczne.
5. Odpowiedź 186 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_wod\_kan. Konsorcjum Inso nie dodało nowych pozycji kosztorysowych dotyczących wyceny punktów stałych (PS) widocznych na rysunkach PW.
6. Odpowiedź 175 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_wod\_kan. (wyposażenie w drabinki, pomosty itp. zbiornika wody). Konsorcjum Inso nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
7. Odpowiedź 176 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_wod\_kan. (wycena linii gazowej HWP-52 dla inst. Ppo.). Konsorcjum Inso nie uwzględniło tej odpowiedzi.
8. Odpowiedź 177 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 04\_wod\_kan. (dostarczenie pojemników pianotwórczych dla inst. Ppo.). Konsorcjum Inso nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
9. Odpowiedź nr 3 z dnia 5 stycznia 2016 r.:  
Kosztorys 01\_Rob\_budowl. Belki i słupy rozprężalnicze nie zostały wycenione w kosztorysie ofertowym w ramach bloku „Rozprężalnia”.
10. Odpowiedź nr 207 z dnia 28 grudnia 2015 r.:  
Kosztorys 01\_Rob\_budowl. Wsporniki osłon płyty lotniska nie zostały uwzględnione w ofercie.

Wartość niewycenionych elementów to 248.978,66 zł netto.

Ponadto, Konsorcjum Inso dokonało usunięcia z kosztorysu ofertowego elementów robót, pomimo że były one ujęte w przedmiarze robót opracowanym przez Zamawiającego oraz w dokumentacji projektowej, w szczególności: Roboty budowlane, poz. 214 (Zbrojenie na przebiegu – 1 kpl.), poz. 337 (Wyłożenie cian okładzinami p.a. – 800 m<sup>2</sup>),

40

---

Chłodnictwo, poz. 70 (Dostawa czynnika chłodniczego – 45 szt.), Kotłownia, poz. 1.39 (Przejście ppo. dla całego rurociągu wychodzącego z kotłowni – 1 kpl.), Instalacje zewnętrzne wod-kan, poz. 1.28 (Przejście szczelne dla rury elipsoidalnej fi 100 mm – 1 szt.), poz. 4.13 (Przejście szczelne dla rury PE 180 mm – 1 szt.), poz. 8.16 (Przejście szczelne dla rury PVC

fi 400 mm – 2 szt.).

Wartość niewycenionych elementów to 307.311,02 zł netto.

Co więcej, z kosztorysu ofertowego Konsorcjum Inso wynika, że na str. 166 w pkt 2.1.27 kosztorysu ofertowego zaofiarowano ono komorę chłodniczą, a nie wymagany projektem – komora mroczą. Są to dwa zupełnie inne urządzenia, a parametry zaofiarowanego urządzenia jednoznacznie wskazują, że nie doszło do jedynie omyłki pisarskiej w podaniu nazwy urządzenia.

Odwolujący powtórzył ponadto argumentację z zarzutu dotyczącego Konsorcjum IDS.

W ocenie Odwołujący tego analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku oferty Konsorcjum A, które również nie uwzględniło w kosztorysach ofertowych, a zatem nie miało taki obowiązek zgodnie z poniższymi wycenionymi następujących pozycji,

mimo iż

wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w trakcie Postępowania, w szczególności ci:

1. Odpowiedź 168 oraz 195 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 09\_wymiennikownia. Konsorcjum A nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągu. Pozycje 1.42- 1.48 – zastosowano grubość otulin jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).

2. Odpowiedź 172 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

W kosztorysie 06\_Instalacje sanitarne – gazy medyczne nie dodano działu „system dezynfekcji z wykorzystaniem generatora chloru” zgodnie z poleceniem Zamawiającego,

3. Odpowiedź 190 z dnia 28 grudnia 2015 r. dla pytania 192:

Kosztorys 09\_wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum A nie zmieniło ilości oraz rednicy zaworów SYR zgodnie z PW.

4. Odpowiedź 198 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 09\_wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum A nie dodało pozycji dotyczącej konstrukcji stalowej wsporczej pod kolektory słoneczne.

5. Odpowiedź 186 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 04\_wod\_kan. Konsorcjum A nie dodało nowych pozycji kosztorysowych dotyczących wyceny punktów stałych (PS) widocznych na rysunkach PW.

41

6. Odpowiedź 175 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 04\_wod\_kan. (wyposażenie w drabinki, pomosty itp. zbiornika wody). Konsorcjum A nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.

7. Odpowiedź 177 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 04\_wod\_kan. (dostarczenie pojemników pianotwórczych do instalacji Ppo.). Konsorcjum A nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.

8. Odpowiedź nr 207 z dnia 28 grudnia 2015 r.:

Kosztorys 01\_Rob\_budowl. Wsporniki osłon płyty lotniska nie zostały uwzględnione w ofercie.

Wartość niewycenionych elementów to 229.827,89 zł netto.

Ponadto, Konsorcjum A usunęło z kosztorysu ofertowego poniżej wymienionych elementów robót, pomimo że były one ujęte w przedmiarze robót opracowanym przez Zamawiającego oraz w dokumentacji projektowej: Roboty budowlane, poz. 3.1.20 (stół sekcyjny wentylowany – 1 kpl.), poz. 3.1.21 (Stół pomocniczy do stołu sekcyjnego – 1 kpl.), poz. 3.1.22 (Zlew prosektoryjny – 1 kpl.), poz. 3.1.23 (Komora chłodnicza – 3 szt.), poz. 3.1.24 (Komora mroczą – 1 szt.), poz. 3.1.25 (Wózek transportowy z wag – elektryczny – 1 szt.), poz. 3.1.26 (Podnośnik hydrauliczny do obsługi komory chłodniczej – 1 szt.).

Wartość ww. niewycenionych elementów to 187.486,25 zł netto.

Uzasadniając zarzut odwołujący się ponownie wskazał na argumentację wywiedzioną w uzasadnieniu analogicznych zarzutów w ofertach innych wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

**Sygn. akt KIO 898/16**

**I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum I z powodu błędów w obliczeniu ceny**

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje tezy, zgodnie z którą

wiadome i samodzielne wskazanie w ofercie wykonawcy niewłaściwej stawki VAT

lub rozmiar stwierdzonego zobowiązania do odrzucenia

takiej oferty bez względu na skalę

uchybienia. Określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Wynika to z konieczności stosowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

42

w postępowaniu (art. 7 ust. 1 Pzp). Aby powyższe zasady były zachowane wymagane jest takie ustalenie przez wykonawców cen ofertowych, aby były one porównywalne, tj. obliczone według tych samych reguł. Możliwość porównania ofert przez zamawiającego, dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej, stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podkreślił, że jego obowiązkiem jest zatem dokonanie oceny poprawności ofert również w zakresie uwzględnienia przez wykonawców prawidłowych stawek VAT, którego cenotwórczy charakter nie może być negowany, zwłaszcza po nowelizacji art. 142 Pzp dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, istotą sporu pozostaje jedynie kwestia, czy Odwołujący miał możliwość zastosowania dla wyliczenia ceny oferty dwóch stawek podatkowych tj. 8% i 23% oraz czy Konsorcjum A prawidłowo zastosowało jednolitą podstawową stawkę 23% dla całości robót objętych ofertą.

Zamawiający oświadczył, że nie wskazał w SIWZ właściwej stawki VAT stwierdzając, że oczekuje podania przez wykonawców oferowanych cen zawierających ten podatek ustalony według stawki obowiązującej, a zatem na wykonawcach spoczywał obowiązek samodzielnego ustalenia tej stawki w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy. Zgodnie z określonym przez Zamawiającego regułem obliczania ceny (Rozdział XXII SIWZ) oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto obliczoną w sposób określony w ust. 2-8 tego rozdziału i powiększoną o VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie.

Następnie, w odpowiedzi na pytanie nr 13 zadane przez Konsorcjum E, w piśmie z dnia 11 lutego 2016 r., Zamawiający poinformował, że zgodnie z jego zamierzeniem inwestycyjnym, przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala objęta podstawową stawką VAT, natomiast wyposażenie, o którym mowa w pytaniu (poz. 404-415 Przedmiaru robót budowlanych) ma charakter pomocniczy i jest rodzkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych. Celem Zamawiającego było otrzymanie porównywalnych ofert, obliczonych z zastosowaniem w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia jednolitej stawki VAT właściwej dla robót budowlanych. W treści zacytowanej odpowiedzi Zamawiający jednoznacznie sformułował stanowisko, iż przedmiot zamówienia stanowi dla niego świadczenie kompleksowe.

Zamawiający stwierdził, że zarzuty kwestionujące kompleksowy charakter świadczenia wykonawcy mogły być sformułowane już z chwilą doręczenia Odwołującemu powyższej odpowiedzi Zamawiającego, ponieważ uzasadnienie powyższej czynności

uprzednio odrzucenia oferty Odwołującego

cego zawiera powtórzenie wyartykułowanego już

43

stanowiska o kompleksowym charakterze świadczenia. W tej sytuacji zarzuty należy uznać za spórnicze.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że zagadnienie ustalenia właściwej stawki VAT w sytuacji objęcia zamówieniem robót budowlanych wraz z robotami

było instalacyjno-przyt

czeniowymi oraz towarzyszącym tym robotom dostaw urządzeń

wielokrotnie przedmiotem orzeczenia Izby i sądu i zagadnieniem rozstrzyganym w indywidualnych interpretacjach podatkowych. Na ich podstawie należy przede wszystkim zauważyć, że podstawowym kryterium stosowanym dla określenia możliwości stosowania zróżnicowanych stawek VAT w ramach jednego zamówienia jest potencjalna i racjonalna możliwość wyodrębnienia świadczeń objętych stawkami odmiennymi od stawki stosowanej dla

usług dominujących w zamówieniu i wykonania ich jako osobnej czynności opodatkowanej. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga ustalenia, czy procedura pn.: „Budowa Szpitala Południowego” dotyczy zamówienia usługi o charakterze kompleksowym, czy dotyczy sumy niezależnych świadczeń, połączonych z woli Zamawiającego (bez obiektywnej konieczności) w ramach jednego zamówienia.

Zamawiający podał, że zarówno przepisy Ustawy o VAT, jak i obowiązujące przepisy wspólnotowe nie zawierają jednoznacznych kryteriów, które umożliwiłyby sformułowanie ogólnej definicji świadczenia złożonego. Odpowiedzi na pytanie w jaki sposób powinno zostać opodatkowane z kilku elementów, należy zawsze świadczenie składające się poszukiwać z uwzględnieniem szczegółowych okoliczności konkretnego stanu faktycznego, po rozpatrzeniu rodzaju związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami objętymi opodatkowaniem. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z obowiązującymi regułami ogólnymi, towary i usługi opodatkowane są stawkami podstawowymi. Wprowadzane przez państwa członkowskie wyjątki od tej reguły nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a w razie wątpliwości co do wysokości opodatkowania należy stosować stawki podstawowe.

Zamawiający – powołując się na orzecznictwo TSUE – stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmuje kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej wycenianych odrębnie, świadczeń należy wziąć pod uwagę również fakt, iż świadczenie obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone w celu opodatkowania różnymi

metodami i prowadzić do nieprawidłowości stawkami podatku od towarów

i usług, gdy

w funkcjonowaniu systemu VAT. Kompleksowe świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inne lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady

należy uznać za usługę pomocniczą opodatkowania, co do usługi

zasadniczej. Usług

w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie,

44

---

lecz jest rodzajem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Ponadto, jeżeli dwa lub więcej świadczeń (czynności) dokonanych przez podatnika są takimi ze względu,

one w aspekcie gospodarczym jedno obiektywnie tworzą całość, której rozdzielenie jednolite miałyby sztuczny

charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowi

świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej.

Przenosząc powyższe na realia tej sprawy należy uznać, że przedmiotem zamówienia jest wybudowanie kompletnego obiektu budowlanego, czyli wykonanie kompleksowych robót budowlanych. W ich skład wchodzi m.in. roboty budowlane w branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych. Fakt, że w wyniku wykonania robót instalacyjnych w zakresie instalacji gazów medycznych powstanie wyrób medyczny, który zgodnie z Ustawą objęty jest szczególnymi wymogami co do certyfikacji i dopuszczenia do użytkowania, nie zmienia charakteru samych robót i nie umożliwia potraktowania ich w tej części jako dostawy towaru w rozumieniu Ustawy o VAT. Nadal są to roboty w branży

czyli na instalacyjnej, będące nieodzownymi robotami budowlanymi, składającymi się

wybudowanie szpitala.

Zamawiający podkreślił, że preferencyjna stawka podatkowa, o której mowa w art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT, zgodnie z treścią załącznika nr 3 (poz. 105) obejmuje dostawę towarów, a nie wykonywanie robót budowlanych (usług). Z definicji wyrobu medycznego, zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 38 Ustawy wynika, iż obejmuje ona narzędzie, przyrządy, aparaty, sprzęt, materiały lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, włącznie z oprogramowaniem niezbędnym do właściwego stosowania wyrobu, przeznaczone do stosowania zgodnie ze wskazanym w definicji przeznaczeniem. Definicja ta nie obejmuje natomiast robót budowlano-montażowych, wykonywanych w ramach instalowania ww. sprzętu. O tym, czy roboty te stanowią będące czynnościami akcesoryjnymi związanymi z dostawą urządzenia (i opodatkowane stawkami właściwymi dla tej dostawy), czy też będące kompleksowymi robotami związanymi ze wzniesieniem budynku, w ramach wykonywania których to dostawa w budowywanych na stałe (i stanowiących części składowe tego budynku) wyrobów medycznych stanowią będące świadczeniem akcesoryjnym (opodatkowane według

stawki wla ciwej dla uslugi dominuj cej), decyduj ka dorazowo okoliczno ci wykonywania konkretnego zamowienia.

Przedmiot zamowienia obejmuje wyposa enie nowo budowanego szpitala jedynie w takie urz dzenia, ktorzych wbudowanie jest niezbd ne do prawidlowego dokonania odbiorow technicznych robót instalacyjnych (w zakresie zasilaj cych te urz dzenia instalacji), w powi zaniu z tymi instalacjami. Prace zwi zane z wbudowaniem i podl czeniem tych urz dze stanowi element procesu inwestycyjnego powi zany z pozostałymi robotami

45

budowlanymi w ten sposob, e ich uko czenie warunkuje dokonanie odbiorow robót bran owych, a ponadto warunkuje rozpocz cie robót wyko czeniowych budynku.

W przypadku kompletnej realizacji nowego obiektu w systemie generalnego wykonawstwa rozwa anie teoretycznej mo liwo ci wyodr bnienia cz ci robót budowlanych i powierzenia ich innemu wykonawcy powinno zdecydowanie prowadziü do negatywnego wyniku. Pomimo i przedmiot zamowienia jest w tym przypadku wiadzczeniem zlo onym, to pomi dzy jego poszczególnymi elementami istnieje silny funkcjonalny i technologiczny zwi zek – wyra a si on nie tylko w celu i ekonomice realizowanego zamowienia, ale znajduje on odzwierciedlenie w przebiegu procesu budowlanego, równie kolejno ci wykonywania robót ogólnobudowlanych, instalacyjnych i wyko czeniowych, któr Zamawiaj cy wskazal w STWiOR, jako konieczn dla prawidlowego przebiegu inwestycji. W przypadku przeprowadzenia instalacji gazow medycznych oraz wbudowania urz dze z ni pol czonych kolejno ü wykonywania robót jest wr cz istotna dla zachowania parametrów bezpiecze stwa ww. wyrobu medycznego.

Ocena nierozdzielno ci robót instalacyjnych i monta owych w zakresie wyrobów medycznych obj tych przedmiotem zamowienia oraz robót ogólnobudowlanych przy budowie szpitala nie mo e pomijaü zagadnie o charakterze technicznym i technologicznym. Opis powy szych kwestii zawarty jest w opinii technicznej, któr Zamawiaj cy zal czył do odpowiedzi na odwołania.

Zamawiaj cy wskazal, e zgodnie z przyj tym wzorem umowy przewiduje mo liwo ü wykonania cz ci robót (w tym instalacyjnych) przez podwykonawców,

b dzie w ramach jednak e dopuszczenie

tych podmiotów do placu budowy odbywaü si

kontraktu generalnego wykonawcy i na jego ryzyko, a tak e pod nadzorem powolanego przez niego kierownika budowy; natomiast równoczesne prowadzenie budowy – we wzajemnie powi zanych zakresach – przez dwóch ró nych wykonawców,

robót byłoby bez zatrudnienia kolejnego

podmiotu odpowiedzialnego za koordynacj

niedopuszczalne w wielu aspektach, w tym np. z punktu widzenia rozgraniczenia odpowiedzialno ci za wady wykonanego obiektu, odpowiedzialno ci za szkody wyrz dzone w toku realizacji budowy i mo liwo ci ubezpieczenia ryzyk budowlanych w zwi zku z prowadzon inwestycj . Powy sze aspekty wyra nie odró niaj zadanie polegaj ce na wybudowaniu nowego budynku (a tym bardziej kompleksu budynków w granicach działki

przebudowa inwestycyjnej) od

inwestycji, ktorzych przedmiotem jest rozbudowa czy te

i doposa enie istniej cych obiektów.

Dodatkowo Zamawiaj cy zwrócił uwag , e w warunkach realizacji przedmiotowego zamowienia fakturowanie cao ci robót b dzie odbywaü si na zasadzie faktur

46

przej ciowych, tj. w sposob wla ciwy dla robót budowlanych i budowlano-monta owych, równie w odniesieniu do instalacji i urz dze , o ktorzych mowa w odwołaniu.

Zamawiaj cy podkre lił, e ci ar udowodnienia twierdzenia, jakoby w okoliczno ciach sprawy przedmiot zamowienia nie powinien byü uznany za wiadzczenie o le y po stronie Odwołuj cego. Charakterze kompleksowym Przedmiotowa okoliczno ü, jako kluczowa dla oceny twierdze i zarzutów odwołania, powinna zostaü udowodniona w sposob bezwzgl dny. W tre ci odwołania nie zawarto szczególowych odniesie do faktycznych warunków, w jakich prowadzona b dzie inwestycja, nie wskazano te adnych merytorycznych argumentów, które uzasadniałyby faktyczn

ü ci robót instalacyjnych oraz dostaw i zrealizowania ich mo liwo oddzielenia wskazanej cz w ramach odr bnego wiadczenia.

W warunkach Post powania wszystkie elementy obj te zamówieniem, w tym zwłaszcza instalacje, zostan wykonane w sposób kompleksowy, na trwałe umieszczone w powstaj cym budynku i jako takie b d trwałe z nim zwi zane. Intencj Zamawiaj cego nie jest nabycie poszczególnych elementów wykonanych robót budowlanych, a uzyskanie dopuszczonego do u tskowania, całkowicie wykonanego obiektu. W sytuacji zamówienia kompleksowych usług o charakterze podatkowo zło onym, prawidłowa jednolita stawka podatku od towarów i usług ustalana jest jak dla czynno ci stanowi cej przewa aj cy element zamówienia. W ocenie Zamawiaj cego determinowana jest ona przez dominuj ce usługi, tj. roboty budowlane i powinna byü ustalona dla całego zadania w wysoko ci 23%.

**II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum A, pomimo e zawiera bł dy w obliczeniu ceny**

Zamawiaj cy podkre lił, e jakkolwiek podanie w cenie oferty nieprawidłowej,

konkurencj , ni szej stawki podatku od

towarów i usług mo e godziü w uczciw

to zastosowanie przez wykonawc stawki podstawowej VAT co do zasady nie mo e byü uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. W sytuacji, gdy z uwagi na specyfik powstaü uzasadnione przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy mog w tpiwo ci, co do wła ciwej stawki podatku VAT, zastosowanie jednej stawki podstawowej jawi si , jako rozwi zanie bezpieczne i chroni ce wykonawc przed odrzuceniem jego oferty z powodu bł du w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie, w odniesieniu do okre lonego zakresu zamówienia, stawek preferencyjnych. Skoro Ustawa o VAT oraz inne ustawy reguluj ce odpowiedzialno ü podatników nie wi z zastosowaniem stawki podstawowej adnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyü cznie

47

---

nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowi zywaü równie przy wykładni przepisów Pzp.

Co wi cej, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byöby odrzucenie oferty uwzgl dniaj cej dokonane przez Zamawiaj cego wyja nienia tre ci SIWZ, a z tak wła nie sytuacj mamy do czynienia w odniesieniu do oferty Konsorcjum A, które jako jedyne spo ród wykonawców sformuöwaö ofert w sposób zgodny z odpowiedzi Zamawiaj cego na pytanie na pytanie nr 13 zadane przez Konsorcjum E w pi mie z dnia 11 lutego 2016 r.

**Sygn. akt: KIO 899/16**

**I. Zarzut naruszenia art. 87 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia post powania wyja niaj cego tre ü oferty Odwoöuj cego oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum IDS z powodu bł du w obliczeniu ceny**

Zamawiaj cy podał, e przepis art. 87 ust. 1 Pzp daje mu prawo zwrócenia si do wykonawcy o wyja nienie tych elementów tre ci oferty, które s niejasne lub nie daj si jednoznacznie zinterpretowaü, a ich uwzgl dnienie lub zignorowanie mo e wpłyn ü na wynik post powania. W przypadku braku tego rodzaju niejasno ci wykonawca nie mo e daü od zamawiaj cego wdronia post powania wyja niaj cego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W okoliczno ciach przedmiotowej sprawy Zamawiaj cy w odpowiedziach na pytania wykonawców (pismo z dnia 11 lutego 2016 r., odpowied na pytanie 13) poinformowaö,

e przedmiotem i ustalenie prawidłowej

stawki VAT le y po stronie wykonawcy oraz

stawk VAT, zamówienia jest usöuga

kompleksowa (budowa szpitala) obj ta jednolit

wła ciw dla usługi podstawowej. Tak wi c okoliczno ci które s przedmiotem zarzutu

z tym Odwoöuj cego zostaöy

jednoznacznie wyja nione. Je li Odwoöuj cy nie zgadzaö si

stanowiskiem, mögö we wła ciwym czasie kwestionowaü t czynno ü Zamawiaj cego.

Zamawiaj cy podał, e w zakresie tego zarzutu podtrzymuje argumentacj

i wyja nienia jak z odpowiedzi na odwoöanie Konsorcjum I, wraz wnioskiem o oddalenie tego

zarzutu z powodu prekluzji.

**II. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt.2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum I pomimo e jej tre ü nie odpowiada tre ci SIWZ**

48

Zamawiający stwierdził, że szczegółowe uzasadnienie dla dania oddalenia tego zarzutu sformułuje poniżej w pkt I odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum E.

**III. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Znk przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum A i Konsorcjum Inso z uwagi na popełnienie przez ww. wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji**

Zamawiający stwierdził, że pomimo iż w Pzp ustawodawca posługuje się określeniem „nieuczciwa konkurencja”, to jednak nie zawiera ono definicji tego pojęcia. Wobec powyższego przy analizie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp należy odwołać się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji, zawartej w art. 3 ust. 1 Znk. Zgodnie z nią czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto przepis artykułu 3 ust. 2 Znk zawiera przykładowo wyliczony (a zatem otwarty) katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Są to w szczególności: wprowadzanie w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukane oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzanie w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwijania lub niewykonania umowy, naładownictwo 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.

Warunkiem uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji jest także spełnienie przesłanek wskazanych w przepisie art. 3 ust. 1 Znk:

1. działanie podjęte w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 Znk), które powoduje
2. sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, w konsekwencji której doszło do
3. zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący, zarówno w stosunku do oferty Konsorcjum A, jak i Konsorcjum Inso, nie wykazał zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby spełnieniem wyżej wymienionych przesłanek, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazane przez Odwołującego w ofertach ww. konsorcjów tzw. uchybienia nie noszą, w ocenie Zamawiającego, znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wielokrotnie wyjaśniał w swoich odpowiedziach w toku procedury przetargowej, że nieuwzględnienie

po jego pozycji w kosztorysie

ofertowym stanowi element ryzyka wykonawcy, ponieważ

stronie leży odpowiedzialność za skalkulowanie ceny ryczałtowej, a zakres robót

49

budowlanych do wykonania wynika z przekazanej dokumentacji projektowej (projekty budowlane, projekty wykonawcze wraz z załącznikami) i STWiOR.

W zakresie zarzutów, że Konsorcjum Inso i Konsorcjum A w szeregu pozycji kosztorysowych dokonało wyceny pozycji jako kalkulacja własna, w formie uproszczonej, a Konsorcjum A dodatkowo nie podało informacji o wysokości kosztów po rednic i zysku, co stanowi niezgodność jego oferty z SIWZ Zamawiający owiadczył, że podtrzymuje wyżej przedstawione argumenty co do ich bezzasadności, z uwagi na to samo jest podstawą zarzutów.

Dodatkowo wyjaśnia, że w przypadku kosztorysu Konsorcjum A wartość kosztów po rednic i zysk jest podana w zagregowanej pozycji, co umożliwia wyliczenie na ich podstawie zagregowanego wskaźnika tych parametrów (koszty po rednic, zysk), a następnie zastosowanie go do wyliczenia wartości robót zamiennych czy zaniechanych, gdy wartość robót po zastosowaniu wskaźników zagregowanych jest identyczna, jak suma wartości wyliczona odrębnie dla każdego wskaźnika. Powyższe oznacza, że kosztorys przedstawiony przez Konsorcjum A zawiera dane wymagane w SIWZ, co umożliwia dokonanie wyceny

ewentualnych robót zamiennych, zaniechanych zgodnie z zapisami § 8 projektu umowy.

Zamawiający przywołał odpowiedź na pytanie 11 w piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r., w której odniósł się do pojęcia dwóch rodzajów zamówienia, tj. przeprojektowania

z uwzględnieniem na zmieniający się program usług i wykonania robót budowlanych.

Podał,

medycznych (usług doraźnych, całodobowych) dla ludności miasta Warszawy i okolic, uwzględniając wytyczne użytkownika, stworzył możliwość dokonania opcjonalnych zmian w projekcie Szpitala Południowego. Nie oznacza to jednak, że wybrany wykonawca będzie wykonywał roboty budowlane według zmienionego projektu lub jego części.

Mając na uwadze sposób rozliczenia robót budowlanych przedmiotem zamówienia, z uwzględnieniem wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót, a także przyjmując, że kosztorysy ofertowe mają charakter pomocniczy, w ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwoławczego w zakresie wyżej wskazanego zarzutu są bezpodstawne.

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum E w związku z niewniesieniem wadium do upływu terminu składania ofert.**

Zamawiający stwierdził, w odniesieniu do zawartego w odwołaniu poglądu o zmianie rozkładu ciar dowodu, że zarówno przed, jak i po nowelizacji Pzp, niezmiennym warunkiem zatrzymania wadium było i w praktyce nadal jest niewykazanie

lub przez wykonawcę, że fakt

niezłożenia przez niego dokumentów, o wiadcze

pełnomocnictw był przyczynami nieleżącymi po jego spowodowany stronie.

50

---

Również w obecnym stanie prawnym, w przypadku sporu wynikłego z powodu zatrzymania wadium, to wykonawca, jako strona zgłaszająca danie zatrzymanego wadium, a nie zamawiający, ponosiłby ciężar dowodu. W udowodnienia zasadności zgłoszonego Równocześnie nie Zamawiający podkreślił, że nawet w uprzednio obowiązującym stanie prawnym przyjęcie (usuwalnego) domniemania zawinionego działania po stronie wykonawcy nie zwalniało zamawiającego od starannego działania w zakresie oceny przyczyn niezłożenia przez wykonawcę wymaganych dokumentów, gdy był to w powyższej ocenie mógł skutkować zwrotem zatrzymanego wadium wraz z odsetkami, obowiązującym z tym samym w przypadku sporu z dalszymi konsekwencjami finansowymi. Zmiana redakcyjna omawianego przepisu nie zmieniła ani nie ułatwiła sytuacji Zamawiającego, który dla zatrzymania wadium zawsze powinien dysponować dowodami obciążającymi wykonawcę. W rzeczywistości zasadnicza i zamierzona przez ustawodawcę zmiana analizowanego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp polega na tym, że prawo do zatrzymania wadium, przy zaistnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, dotyczy wyłącznie oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał ponadto, że nie miał nawet teoretycznej możliwości zatrzymania wadium wykonawcom, którzy w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożą lub o wiadcze albo pełnomocnictw. dokumentów. Postępowanie prowadzone jest bowiem w formule przetargu ograniczonego, który różni się innymi regułami niż przetarg nieograniczony.

Zamawiający wyraził również dwa etapy:

1. pierwszy, który miał na celu wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tj. spełniających warunki udziału w Postępowaniu (kwalifikacja podmiotów), i który prowadzony był na podstawie ogłoszenia o zamówieniu,
2. drugi, którego celem był wybór oferty najkorzystniejszej spośród złożonych przez zakwalifikowanych w pierwszym etapie wykonawców, prowadzony na podstawie postanowień SIWZ.

Pierwszy etap, w którym Zamawiający badał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, prowadzony był na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Jak wiadomo, wniosek ma całkowicie inny charakter prawny niż oferta, nie jest więc dla składającego go wykonawcy, jest tylko swoistą deklaracją zainteresowania udziałem w przetargu ograniczonym. Po ocenie wniosku i pozytywnej

oferty weryfikacji spełnienia

warunków, zaproszony wykonawca może nie złożyć

załączonych do wniosku i dał ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w pierwszym etapie, w którym to wniosek nie jest zabezpieczony wadium, ponieważ wadium zabezpiecza dopiero ofertę, o czym przesądza art. 45 ust. 3 Pzp. W konsekwencji więc Zamawiający tak nie ma możliwości zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp, ponieważ etap badania i oceny wniosków, a także uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp został już zakończony.

Gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że po złożeniu oferty Zamawiający mógłby wrócić do etapu wzywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie pełnomocnictw, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to wskazałby należało, że ofertę Konsorcjum E podpisał pełnomocnik M.M., umocowany do działania w imieniu konsorcjantów. Treść tych pełnomocnictw była badana przez Zamawiającego w pierwszym etapie Postępowania. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał podstawy do uruchomienia procedury uzupełniania dokumentów, a w konsekwencji nie doszłoby do zatrzymania wadium Konsorcjum E z tej właśnie przyczyny. Jednocześnie, zważywszy, że Zamawiający korzysta z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu należało zauważyć, że ofertę Konsorcjum E Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że możliwość zatrzymania wadium w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów, od początku budziła kontrowersje. Ustawodawca celowo dokonał zmiany art. 46 ust. 4a Pzp z uwagi na fakt, iż ta konstrukcja przepisu (przed nowelizacją) miała pozwolić na skuteczne zapobieganie tzw. znikom przetargowym. Najpowszechniejszy mechanizm znowy przetargowej polegał bowiem na celowym powstrzymaniu się od złożenia dokumentów przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną, po to, aby zostać wykluczonym z postępowania. Po takim wykluczeniu zamawiający zwykle był zmuszony do zawarcia umowy z innym wykonawcą, który złożył już droższą ofertę. Możliwość zatrzymania wadium wszystkim wykonawcom była surową sankcją ekonomiczną za niedopełnienie obowiązku, który nie miał znaczenia z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ przepis ten raził bezwzględnie formalizmem został przez ustawodawcę zmieniony. Skoro więc sam ustawodawca uznał treść tego przepisu za nieracjonalną, pomimo obowiązku stosowania przepisów sprzed nowelizacji, Zamawiający tak, w przypadku podejmowania decyzji co do zatrzymania wadium, stosowałby wykładni prawa, jaka doprowadziła do zmiany przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, z uwagi na groźbę sankcji zwrotu wadium zatrzymanego wykonawcy, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą.

Reasumując, Zamawiający w tej sprawie ewentualnie skorzysta z wadium dopiero w przypadku spełnienia się okoliczności wskazanych w art. 45 ust. 5 Pzp.

**Sygn. akt: KIO 901/16**

### **I. Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 Pzp przez odrzucenie oferty**

#### **Odwołuj się**

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje argumentację i wyjaśnienia z odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum Inso, wraz wnioskiem o oddalenie tego zarzutu z powodu prekluzji.

### **II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, Konsorcjum Inso i Konsorcjum IDS z uwagi na fakt, że treść ofert nie odpowiada treści SIWZ**

W ocenie Zamawiającego Odwołujący bezzasadnie twierdzi, że treści ofert ww. konsorcjów są niezgodne z treścią SIWZ, co obligowało go do ich odrzucenia. Przedmiotowo niezgodność Odwołujący wywodzi z faktu, iż konsorcja nie uwzględniły w kosztorysach ofertowych niektórych pozycji, które były ujęte w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót opracowanym przez Zamawiającego, a także wynikały z odpowiedzi udzielanych wykonawcom przez Zamawiającego.

Powyższe argumenty Odwołującego nie mogą być uznane za zasadne

w okolicznościach sprawy. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej (rozumianej jako projekt budowlany wraz z załącznikami oraz projekty wykonawcze) i STWiOR, za przedmiary robót zostały przekazane jedynie informacyjnie, co Zamawiający potwierdzał w odpowiedziach na pytania zadawane przez wykonawców w celu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości do treści SIWZ.

Jednocześnie należy pamiętać, iż Zamawiający przewidział wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia w formie wynagrodzenia ryczałtowego (z zastrzeżeniem możliwości jego zmian w zakresie wynikającym z konieczności zaniechania i zamiany niektórych elementów robót lub technologii ich wykonania). Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku Postępowania, a jego integralną dokumentacją projektową i STWiOR. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania świadczenia, które zostanie zrealizowane, jeżeli jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa na warunkach określonych w SIWZ.

Uwzględniając przytoczoną powyżej argumentację co do charakteru wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający podał, że w odpowiedziach na pytania udzielił wyczerpujących

53

---

informacji, w których potwierdził charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia i sposób rozliczenia. W Odpowiedzi na pytanie 11 w piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r., Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż w Rozdziale XXII SIWZ wyraźnie określono,

projektów i STWiOR, a ewentualnie przedmiot zamówienia jest

opisany dokumentacją

wszystkich przypadkach nie uwzględnia

dnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę

robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorcu umowy, dokumentacji projektowej i STWiOR, stanowi element ryzyka wykonawcy i nie skutkuje zwiększeniem ceny umownej.

Jeżeli z SIWZ nie wynika, że kosztorys szczegółowy (ofertowy) określa zakres zamówienia lub że jest istotny dla porównania treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia, to nie jest uprawnione twierdzenie, iż stanowi on treść oferty, zwłaszcza wobec generalnego zobowiązania wykonawcy do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ, co kiedykolwiek wykonawca potwierdzał składając ofertę. Zgodnie z obowiązującą treścią SIWZ kosztorys jest jedynie załącznikiem do oferty zawierającym informacje o sposobie kalkulacji ceny, zaś sama cena jako istotna część oferty wykonawcy zawarta jest w formularzu oferty.

Natomiast odnośnie zarzutu, że wskazane przez Odwołującego oferty zawierały elementy sporządzone metodą należytej uwagi, to nie ma przepisu uproszczonego ustawowego określającego formę treści i wymagań kosztorysu szczegółowego, zaś Zamawiający w ramach udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców wskazał jedynie przykładowy sposób sporządzenia takiego kosztorysu, przy czym nie wskazał w sposób jednoznaczny, że narzuty (koszty bezpośrednie i zysk) mają być wykazane przez wykonawców odrębnie. Tak więc brak ustawowego wzorca, jak również brak zapisu w SIWZ, uprawnia wykonawców do stosowania własnych form. Wykazanie narzutów w kosztorysach w sposób odmienny niż przykładowo pokazuje to Odwołujący, nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty.

Podkrelenia wymaga, że jeżeli zarówno czynniki zastosowanie formy uproszczonego kosztorysu, jak również pominięcie elementów robót w kosztorysie nie ma wpływu na zakres przyjętego przez wykonawcę do wykonania zakresu zamówienia, to tym samym złożone oferty są porównywalne, gdy obejmują ten sam zakres zamówienia.

Zamawiający zwrócił również uwagę, iż zarzucane przez Odwołującego braki w wycenach niektórych elementów mogą wynikać z uwarunkowań technicznych programów kalkulacyjnych lub ujmowania przez wykonawców wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej lub ujmowania tych pozycji w ramach kosztów pośrednich.

54

---

**III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, Konsorcjum Inso, Konsorcjum IDS z uwagi na fakt, że oferty zawierają błęd w obliczeniu ceny w związku z błędami w kosztorysach**

W ocenie Zamawiaj cego Odwołuj cy w swoim rozumowaniu zupełnie pomija fakt, i wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy. Pomimo braku definicji ustawowej wynagrodzenia ryczałtowego, w doktrynie i orzecznictwie została wypracowana i powszechnie przyjęta definicja i charakter tego wynagrodzenia. Uznaje się, że wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych przetargowem oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. dokumentacją. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może dążyć do jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie mogło być przewidziane rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umowy się za całość – o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się zarówno znany, jak i nieznaną dokładnie od początku – przedmiot zamówienia. Tak też Zamawiaj cy wyjątkowo w tym względzie wykonawców w szczególności w Odpowiedzi na pytanie 11 w piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r.

W okolicznościach sprawy Zamawiaj cy dokonywał oceny ofert przez ocenę cen łącznych zaoferowanych przez ww. konsorcja w formularzach oferty i badał prawidłowe przeniesienie cen sumarycznych z kosztorysów branżowych do formularza oferty, natomiast kalkulacja szczegółowa określająca sposób dojścia do tej ceny, stanowi ryzyko wykonawcy. Tak więc pominięcie w kosztorysach ofertowych wycen niektórych pozycji nie miało znaczenia dla czynności Zamawiaj cego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co więcej, Odwołuj cy nie udowodnił, że wskazane przez niego jako „pominięte” ceny nie zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów.

#### **IV. Zarzut naruszenia art.87 ust.2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w ofercie Konsorcjum IDS**

Bezzasadne jest twierdzenie Odwołuj cego, jakoby w kosztorysie ofertowym Konsorcjum IDS, w części Roboty budowlane – branża architektoniczna występowała omyłka rachunkowa skutkująca obowiązkową poprawką.

Z analizy przedmiotowego kosztorysu wynika, że Konsorcjum IDS dokonało wyceny robót z uwzględnieniem stawki VAT, co potwierdza informacja zawarta w kolumnie „Opis” poz. 1 tego kosztorysu. Powyższe oznacza, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu zawierają VAT. W związku z tym zaproponowany przez Odwołuj cego sposób

55

---

wyliczenia wartości kosztorysu (cena jednostkowa razy ilość) jest bezzasadny, gdy powodowałby dwukrotne naliczenie VAT do ceny kosztorysowej.

#### **V. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności przeprowadzenia post poważenia wyjątkowo cego odnośnie do niskiej ceny**

Zamawiaj cy wskazał, że Post poważenie zostało wszczęte w dniu 11 października 2014 r., stąd też zastosowanie w nim mają przepisy Pzp obowiązujące przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232).

Uznaniowość w zakresie wzywania wykonawców do składania stosownych wyjątków została w pewnym zakresie utrzymana również po nowelizacji tego przepisu.

Punktem wyjścia dla ewentualnych działań Zamawiaj cego jest bowiem każda dorazowa ocena, że czy cena nie wydaje się być niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i czy budzi wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp po nowelizacji przyznało Zamawiaj cemu uprawnienie do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjątków oraz złożenie dowodów w sytuacji gdy:

1. zaoferowana przez wykonawcę cena będzie wydawała się mu być niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz
2. będzie budziła wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiaj cego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub redniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert.

Te okoliczności nie wystąpiły, gdyby nawet Zamawiaj cy zastosował w Post poważeniu aktualnie obowiązujące dyspozycje art. 90 ust. 1 Pzp.

Ubocznie Zamawiaj cy wskazał, że celem nowelizacji omawianego przepisu było

przeniesienie ci co niskiej ceny, a wi c zmiana aru wykazania, e oferta nie zawiera ra art. 90 ust. 2 Pzp, a nie – jak twierdzi Odwołuj cy – wprowadzenie zasady obligatoryjnego wszczynania procedury wyja nienia ra co niskiej ceny. Zamawiaj cy otrzymał cztery porównywalne oferty, sporz dzone przez wykonawców, którzy (co nale ało do warunków przetargu) realizowali ju podobne zamówienia, a zatem Zamawiaj cy nie/ miał podstaw do powzi cia w tpliwo ci, które uzasadniałyby wszcz cie post powania wyja niaj cego w zakresie ra co niskiej ceny. W takiej sytuacji nie ma adnego racjonalnego uzasadnienia dla przedłu ania Post powania i zmuszania wykonawców do dodatkowych czynno ci, w szczególny ci w sytuacji, gdy post powanie to miałyby dotyczyü wszystkich ofert

56

zło onych w post powaniu, z których adna nie przekracza granicy 30 % redniej arytmetycznej cen wszystkich zło onych ofert.

Dodatkowo zauwa ył, e ustalona warto ü zamówienia, o której mowa w art. 32 ust. 1 Pzp jest całkowitym szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy ustalonym przez Zamawiaj cego z nale yt staranno ci , przy czym warto ü ta nie obejmuje podatku od towarów i usług. Warto ü ta wynosi 255.880.072,07 zł. Przyjmuj c powy sze kryterium cenowe nale ałoby uznaü, e ceny ofert zło onych w Post powaniu nie były o 30% ni sze od warto ci zamówienia, rozpi to ü ta bowiem wynosiła od 18% do 22 %.

Ustawodawca ustalił w sposób jednoznaczny, kiedy Zamawiaj cy mo e powzi ü w tpliwo ci, st d te sporz dzona przez Odwołuj cego symulacja została przygotowana niezgodnie z wytycznymi zawartymi w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **VI. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp przez prowadzenie Post powania w sposób niezapewniaj cy zachowania uczciwej konkurencji**

Zarzut ten nie został uzasadniony i udowodniony przez Odwołuj cego.

Do post powania odwoławczego, w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16, przyst pienia zgłosiło Konsorcjum A. Z kolei Konsorcjum IDS zgłosiło przyst pienie do post powania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16 i KIO 901/16, Konsorcjum E – w sprawie o sygn. akt KIO 899/16, natomiast Konsorcjum Inso – w sprawach o sygn. akt: KIO 899/16 i KIO 901/16. Wszystkie przyst pienia zgłoszone zostały po stronie Zamawiaj cego.

W sprawie o sygn. akt KIO 899/16 przyst puj ce Konsorcjum E zło yło do akt sprawy pismo procesowe z nast puj c argumentacj w odniesieniu do zarzutu niewniesienia wadium.

Konsorcjum E zwróciło uwag na okoliczno ü, e w odwołaniu Konsorcjum IDS znajduje si zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia go z Post powania, pomimo e nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert. Odczytuj c wskazany zarzut zgodnie z jego brzmieniem stwierdziü zatem nale y, e Konsorcjum E swoje wadium wniosło przed upływem terminu składania ofert. Zatem wskazany zarzut o tre ci wskazanej przez Konsorcjum IDS jest w okoliczno ciach sprawy całkowicie chybiony.

Wbrew twierdzeniom Konsorcjum IDS gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium zło ona przez Konsorcjum E nale ycie i prawidłowo zabezpieczyła interes Zamawiaj cego. Tre ü dokumentu gwarancji przewiduje i umo liwia Zamawiaj cemu uzyskanie kwoty gwarancji/wadium w ka dej sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 Pzp

57

zarówno przed nowelizacj wskazanych regulacji, jak te i obecnie. Co istotne,

danie wskazana gwarancja jest

m.in. bezwarunkowa, nieodwołalna, płatna na pierwsze

daniania wypłaty kwoty Zamawiaj cego i nie

wymaga od niego podania konkretnej przestanki

wynikaj cej z gwarancji. W praktyce oznacza to, e Zamawiaj cy jako wierzyciel jest uprawniony do uzyskania kwoty gwarancji według własnego uznania i w tej kwestii nie ma adnych ogranicze .

Konsorcjum E stwierdziło, e zawarcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej jest rodzajem czynno ci ubezpieczeniowej pomi dzy ubezpieczycielem i zleceniodawc . Wskazana czynno ü adnego wpływu na przepisy bezwzgl dnie prawna nie ma jednak

obowi zuj ce, a takimi przepisami s m.in. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, a tak e przepisy nowelizuj ce wskazane regulacje prawne. W konsekwencji tre ü gwarancji wadialnej nie ma równie aru dowodu w sprawach dotycz cych adnego przeło enia na rozkład ci

w tym zakresie zasadno ci zatrzymania

wadium, albowiem regulacje prawne s

aru dowodu w sprawach bezwzgl dnie obowi zuj

ce. Co wi cej, zagadnienie rozkładu ci

dotycz cych zasadno ci zatrzymania wadium jest przede wszystkim zagadnieniem z zakresu procedury, a nie zagadnieniem z zakresu zaspokojenia zamawiaj cego jako podmiotu prowadz cego post powanie przetargowe. Sporna gwarancja (bezwarunkowa, nieodwoalna, płatna na pierwsze danie Zamawiaj cego i niewymagaj ca od Zamawiaj cego podania konkretnej przesłanki dania wypłaty kwoty gwarancyjnej) w praktyce umo liwia Zamawiaj cemu natychmiastowe i niezwłoczne uzyskanie pełnej kwoty gwarancji i nie ma tu nic do rzeczy wskazywana przez Konsorcjum IDS kwestia rozkładu ci aru dowodu. Kwestia ta jest bez znaczenia tak e z tego wzgl du, e w przypadku bezpodstawnego zatrzymania wadium i w efekcie bezpodstawnego skorzystania przez Zamawiaj cego z gwarancji ubezpieczeniowej/wadialnej jest on zobowi zany do zwrotu kwoty tak uzyskanej, ale nie wynika to ani z procedury, ani z rozkładu ci aru dowodu, ale z tego, e w takiej sytuacji Zamawiaj cy po prostu nie miałby podstaw do zatrzymania wadium i w efekcie nie miałby podstaw do skorzystania z gwarancji. Przesłanki zatrzymania wadium s bowiem okoliczno ciami o charakterze obiektywnym, które w konkretnej sprawie wyst puj lub nie wyst puj , a nie s one wypadkowymi takiego czy innego rozkładu ci aru dowodu, który jest kwesti czysto techniczn i proceduraln . Podkre lenia bowiem wymaga, e przypadki zatrzymania wadium wskazuj na okoliczno ci le ce po stronie wykonawcy. Tylko zaistnienie przyczyny le cej po stronie wykonawcy umo liwi zamawiaj cemu zatrzymanie wadium, co nie uległo zmianie zarówno na gruncie przepisów sprzed nowelizacji, jak i po ich zmianie. Je li zamawiaj cy o wiadczy gwarantowi, e taka przyczyna nast piła, gwarant na pierwsze danie wypłaci zamawiaj cemu kwot wadium, nie badaj c zasadno ci (ani wyst pienia przyczyny zatrzymania wadium. prawdziwo ci)

58

---

Wyst pienie przyczyny le cej po stronie wykonawcy ka dorazowo wi zaü si b dzie z wypłat z gwarancji badania przez gwaranta prawdziwo ci bez o wiadczenia zamawiaj cego. Taki sposób wypłaty wynikał z tre ci gwarancji zarówno przed jak i po nowelizacji przepisu art. 46 Pzp, gdzie gwarant wymaga jedynie zło enia o wiadczenia przez zamawiaj cego o wyst pieniu jednego z przypadków zatrzymania wadium bez konieczno ci przeprowadzania jakiegokolwiek dowodu, e taki przypadek w rzeczywisto ci zaistniał. Nawet w przypadku wadium wnoszonego w pieni dzu zamawiaj cy mo e je zatrzymaü tylko

cej po stronie wykonawcy), która to w razie wyst pienia

okoliczno ci to uzasadniaj cej (le

okoliczno ü musi mieü charakter obiektywny, niewynikaj cy z subiektywnego zapatrywania zamawiaj cego lub takiego czy innego ci aru dowodu. Powy sze oznacza, e gwarancja zło ona w niniejszej sprawie przez Konsorcjum E zabezpiecza Zamawiaj cego nie mniej korzystnie ni Zamawiaj cy mógłby wadium w pieni dzu. Z obu tych zabezpiecze skorzystaü jedynie w razie wyst pienia przypadku zatrzymania wadium przewidzianego w Pzp.

W ocenie Konsorcjum E istotne dla oceny sprawy s równie towarzyszc jej okoliczno ci faktyczne. Zamawiaj cy dokonał bowiem zwrotu wadium, co oznacza, e wygaś stosunek zobowi zaniowy wynikaj cy z kwestionowanej przez Konsorcjum IDS gwarancji wadialnej. W tym sensie gwarancja ta została ju skonsumowana, za Zamawiaj cy odrzucaj c ofert Konsorcjum E i zwracaj c wadium (gwarancj ) wskazał, e z tej gwarancji nie zamierza korzystaü. W przypadku, gdyby w rezultacie rozstrzygni cia odwołania oferta Konsorcjum E została wybrana jako najkorzystniejsza, musiałoby ono, zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp, wnie ü wadium ponownie. W tych okoliczno ciach podniesione przez Konsorcjum IDS zarzuty dotycz ce gwarancji wadialnej maj w istocie charakter czysto teoretycznych rozwa a i spekulacji.

Niezale nie od tego, e gwarancja przedstawiona przez Konsorcjum E jest

e podniesiony prawidłowa z punktu

widzenia potrzeb Post powania podkre liü nale y,

przez Konsorcjum IDS zarzut rzekomego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum E jest w okolicznościach sprawy spórny. Gwarancja wadialna nie była bowiem w adekwatny sposób utajniona, a zatem Konsorcjum IDS miało możliwość zapoznania się ze wskazanymi gwarancjami niezwłocznie po otwarciu ofert. Ponadto w przypadku wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości w kwestii wadium Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie wykluczyć wykonawcę. W przypadku zatem ewentualnego wystąpienia jakichkolwiek uchybień Zamawiający tego nie wskazał w kwestii, Konsorcjum IDS mając zastrzeżenia nie powinno czekać z postawieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp do rozstrzygnięcia przetargu, ale wnieść odpowiednie odwołanie

59

w terminie liczonym od daty, w której przy zachowaniu własnej należytej staranności mogło się dowiedzieć o wskazanym zaniechaniu Zamawiającego.

Powyższe wnioski są tym bardziej uzasadnione, że Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Oznacza to, że w nim znajduje zastosowanie regulacja art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazująca na konieczność zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z Postępowania, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Ma ona bowiem zastosowanie jedynie w przypadku przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę, nie zaś w trybie przetargu ograniczonego, w którym jedynym wymogiem jest – zgodnie z art. 24 ust. 3 Pzp – jednoczesne zawiadomienie wykonawców. Konsorcjum IDS błędnie zatem postawiło zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewskazanie przez Zamawiającego wszystkich przyczyn faktycznych i prawnych uzasadniających wykluczenie Konsorcjum E niezasadnie przyjmując, że na tej podstawie Zamawiający powinien niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej poinformować o wykluczeniu Konsorcjum E z Postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp podając przy tym wszystkie podstawy faktyczne i prawne tego wykluczenia. W przedmiotowej sprawie, w przypadku gdyby złożyła ona przez Konsorcjum E gwarancja była niezgodna z wymogami postępowania (czemu Konsorcjum E zaprzecza ze wskazanych powyżej uzasadnieniem względów), Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum E z Postępowania niezwłocznie po złożeniu przez te konsorcjum oferty, a w przypadku jeżeli by tego nie uczynił, Konsorcjum IDS powinno złożyć stosowne odwołanie w tej kwestii w terminie liczonym od momentu, gdy mogło przy zachowaniu należytej staranności uzyskać wiedzę o tym zaniechaniu, a nie oczekiwać z tym na rozstrzygnięcie postępowania i niezasadnie powoływać się przy tym na regulację z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W powyższych okolicznościach chybnym jest również podniesiony przez Konsorcjum IDS zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewskazanie wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Konsorcjum E. Treść uzasadnienia odwołania Konsorcjum IDS sugeruje, że wykonawca ten wie o rzekomym naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp z niezrozumieniem oferty Konsorcjum E; za odrzuceniem w rezultacie wykluczenia wskazanego wykonawcy z postępowania wg art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp (Konsorcjum IDS nie wskazuje bowiem w odwołaniu żadnej samodzielnej podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum E). Tyle tylko, że w takiej sytuacji nie jest dokonywana czynności odrzucenia oferty, a jedynie z mocy prawa zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, ofert wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający, w piśmie procesowym z dnia 7 czerwca 2016 r., wniósł o:

60

1. odrzucenie odwołań Konsorcjum IDS oraz Konsorcjum Inso na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na ich wniesienie przez podmiot nieuprawniony,
2. odrzucenie odwołań Konsorcjum E i Konsorcjum IDS na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp z uwagi na fakt, że zarzuty tych odwołań dotyczą naruszenia art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 z zw. z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT,
3. odrzucenie wszystkich odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z uwagi na fakt, że odwołujący nie przesłali Zamawiającemu kopii odwołań, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

**Ad 1**

## Konsorcjum IDS

Zamawiający podał, że odwołanie podpisane zostało przez R.S. działającego na podstawie udzielonego mu w dniu 25 maja 2016 r. pełnomocnictwa przez dwóch członków zarządu IDS-BUD S.A. Z treści tego upoważnienia wynika, iż

ci tego umocowania wynika, iż

samodzielnego wnoszenia w imieniu Konsorcjum IDS rodków ochrony prawnej, w tym do wniesienia w imieniu wykonawcy odwołania od czynności Zamawiającego.

Umocowanie członków zarządu IDS-BUD S.A. wynikało z kolei z pełnomocnictwa udzielonego tej spółce w dniu 9 marca 2015 r. przez P.K., który działający w imieniu Korporacji „Altis Holding” upoważnił IDS-BUD S.A. do wnoszenia rodków ochrony prawnej, m.in. odwołań i przysięgi w Postępowaniu. Z kolei umocowanie P.K. do działania w imieniu Korporacji „Altis Holding” wynika z pełnomocnictwa udzielonego mu w dniu 30 grudnia 2010 r. przez Generalnego Dyrektora (M.Z.), w którym to wskazano, iż P.K. został upoważniony do składania w imieniu korporacji „Altis-Holding”

„[...]”

6. (...)za ale albo przytoczenia się do postępowania wszczętych w wyniku złożenia za ale na czynności oraz zaniechania tych czynności przez Zamawiającego podczas niniejszego postępowania, zgodnie z art. 180 ustawy RP w sprawie zamówień publicznych,

7. (...)odwołań albo przytoczenia się do postępowania wszczętych w wyniku złożenia odwołań od decyzji Zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 184 ustawy RP o zamówieniach publicznych, uczestnictwa w posiedzeniach sędziowskich w procesach apelacyjnych oraz w procesach odwoławczych, prowadzonych w sędziowskich powszechnych.

[...]”.

W ocenie Zamawiającego R.S. składający przedmiotowe odwołanie w imieniu Konsorcjum IDS nie legitymował się, na dzień jego wniesienia,

61

---

uprawnieniem umożliwiającym dokonanie tej czynności. Nie zostało bowiem skutecznie przeniesione uprawnienie do wniesienia rodków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp. Analiza pkt 6-7 tłumaczenia pełnomocnictwa udzielonego P.K., sporządzonego w dniu 11 stycznia 2011 r., wskazuje, iż został on upoważniony do składania w imieniu Korporacji „Altis Holding” odwołań wnoszonych podczas „niniejszego postępowania” (nie wskazano jakiego) do Prezesa UZP. Z pełnomocnictwa tego nie wynika upoważnienie dla P.K. do wnoszenia odwołań do Izby.

Zamawiający stwierdził, że od dnia 12 października 2007 r., w wyniku nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.82.560), utworzona została Krajowa Izba wnoszonych od rozstrzygnięć Odwoławcza jako właściwa do

rozpatrywania odwołań

protestów w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych.

Kolejną nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.223.1778) zlikwidowano instytucję zastępczo odwołaniem składanym w formie pisemnej albo protestu, który elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym do Prezesa Izby. Pełnomocnictwo P.K. zostało mu udzielone w dniu 30 grudnia 2010 r., a więc w dniu, w którym wyrażone zostały już rozgraniczone kompetencje UZP i KIO, jak również precyzyjnie został określony zakres rodków ochrony prawnej z jakich można skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro więc pomimo upływu trzech lat od powołania Izby pełnomocnictwo wskazuje, na możliwość wnoszenia odwołań do Prezesa UZP, to w ocenie Zamawiającego nie można z niego wywieść prawa wnoszenia odwołań do/iz reprezentowania przed Izba, jak również domniemywać woli mocodawcy do udzielenia pełnomocnictwa o takiej treści.

Reasumując, P.K., jako osoba nieupoważniona do wnoszenia odwołań do Izby, jak również osoba której nie przysługuje prawo reprezentowania Korporacji „Altis-Holding” przed Izba, nie mógł przenieść tych uprawnień na kolejnego pełnomocnika – IDS-BUD S.A., nikt nie może bowiem przenieść na drugą osobę więcej praw, aniżeli sam posiada.

## Konsorcjum Inso

Zamawiający stwierdził, że odwołanie zostało podpisane przez V.C., działającego na podstawie udzielonego mu w dniu 24 maja 2016 r. pełnomocnictwa przez lidera konsorcjum – INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., działającego również w imieniu i na rzecz Summa Turizm Yatirimciligi A.S. Umocowanie do działania w imieniu Summa Turizm Yatirimciligi A.S. wynika z pełnomocnictwa udzielonego tej spółce w dniu 10 marca 2015 r. przez N.D.O., który upoważnił INSO S.p.A. do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie

62

zamówienia publicznego, w tym również przed Krajową Izbą Odwoławczą. Z pełnomocnictwa tego wynika uprawnienie do wniesienia odwołania do Izby oraz reprezentowania w postępowaniu odwoławczym. Natomiast w ocenie Zamawiającego, pełnomocnik w osobie N.D.O., działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 maja 2016 r., nie miał upoważnienia do wniesienia roszczeń ochrony prawnej jak również do reprezentowania Summa Turizm Yatirimciligi A.S. przed Izbą z uwagi na fakt, iż udzielone mu upoważnienie obejmuje jedynie możliwość reprezentowania spółki na posiedzeniach i rozprawach Krajowej Rady Odwoławczej. Tym samym ten pełnomocnik ten nie mógł udzielić pełnomocnictwa w takim zakresie w jakim go sam nie posiadał.

Reasumując, wątpliwy zakres pełnomocnictwa w przypadku obu odwołań skutkuje koniecznością ich odrzucenia. Nie ma w tym przypadku braku formalnego, o którym mowa w art. 187 ust. 1 pkt 1 Pzp, co oznacza, iż Prezes Izby nie wzywa odwołujących do usunięcia takiej wadliwości odwołania w trybie art. 187 ust. 3 Pzp. Nieprawidłowość pełnomocnictwa w zakresie umocowania określonej osoby (podmiotu) do wykonywania określonych czynności stanowi podstawę formalnej oceny odwołania przez Izbę w trybie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, skutkującej uznaniem, że odwołanie zostało złożone przez podmiot nieuprawniony.

#### **Ad 2**

Stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp. Skład orzekający Izby może zatem rozstrzygnąć spór jedynie w sprawach, w których jest właściwy w świetle przepisów Pzp, a zatem tylko w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 2 pkt 13 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie stosuje przepisów podatkowych. Przepisy te zostaną zastosowane (i to nie przez Zamawiającego) dopiero w ramach rozliczenia należnych świadczeń po zrealizowaniu prac będących przedmiotem umowy. Zamawiający, stosując przepisy Pzp w ramach prowadzonej procedury, staje przed koniecznością interpretowania wielu przepisów prawa materialnego, w tym m.in. Ustawy o VAT wyłącznie dla celu wydania prawidłowego rozstrzygnięcia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Skutkiem dokonanej w tym trybie wykładni nie jest jednak zastosowanie przepisów podatkowych, dlatego w ramach odwołania nie można sformułować zarzutów naruszenia przez Zamawiającego bezpodstawnie tych przepisów. Co więcej, rozstrzygnięcie w przedmiocie tak sformułowanego zarzutu nie należy do kompetencji Izby.

#### **Ad 3**

63

Zamawiający podkreślił, że odwołujący zobowiązany jest kopiować odwołania przekazać zamawiającemu w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania (art. 180 ust. 5 Pzp).

Zamawiający wskazał, że na podstawie Zarządzenia nr 27/2016 Dyrektora Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie dodatkowych dni wolnych od pracy dla pracowników Stołecznego Zarządu Rozbudowy Miasta dzień 27 maja 2016 r. był dniem wolnym od pracy, w zamian za pracę w dniu 14 maja 2016 r., o czym informował na swojej stronie internetowej. Kopi odwołań wykonawców, zamawiający otrzymał więc dopiero w dniu 30 maja 2016 r. i wtedy zapoznał się z ich treścią.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zasigalizował, że do kopii odwołania Konsorcjum E nie zostały dołączone kopie załączników, tym samym odwołujący ten uniemożliwił dokonanie Zamawiającemu weryfikacji czyjego odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony.

Na rozprawie strony i przystąpiły do podtrzymania wywiedzione w odwołaniach i pismach procesowych stanowiska.

Konsorcjum I wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. opinii prawopodatkowej z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 1,
2. publikacji prasowej „Instalacja gazów medycznych – wyrób medyczny czy instalacja budowlana?” – dowód nr 2,
3. ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Katowickie Centrum Onkologii na wykonanie instalacji gazów medycznych (tlen, sprężone powietrze, próżnia) w Sali Intensywnej Opieki Medycznej w Oddziale Geriatrycznym w formule „zaprojektuj i wybuduj” – dowód nr 3,
4. ofert podwykonawców Odwołującego na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych i pozamedycznych – dowód nr 4,
5. wyroku Izby z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 304/15 – dowód nr 5,
6. wytytułu z normy dotyczącej systemów rurociągowych do gazów medycznych – dowód nr 6.

Konsorcjum IDS wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. memorandum z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 7,
2. SIWZ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie na budowę budynku Radioterapii dla potrzeb Kliniki Onkologii WIM, wytytułu z oferty IDS-BUD S.A., odwołania

64

---

wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. i wytytułu z umowy

nr U/380/2015/SEN/WIM/MON z dnia 20 października 2015 r. zawartej pomiędzy Wojskowym Instytutem Medycznym w Warszawie a IDS-BUD S.A. – dowód nr 8,

3. ofert podwykonawców Odwołującego na dostawę sprzętu medycznego oraz dostawę i montaż instalacji gazów medycznych – dowód nr 9,
4. opinii technicznej na temat możliwości instalacji gazów wyodrębnienia medycznych w procesie technologicznym budowy z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 10,
5. oświadczenia dyrektora Iłskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu z dnia 6 czerwca 2016 r. i opinii dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia z dnia 22 czerwca 2016 r. – dowód nr 11,
6. oświadczenia członków zarządu Sopotckiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 12,
7. wytytułu z kosztorysu na roboty budowlane (str. 432, 457 i 494 oferty Konsorcjum IDS), wytytułu z formularza ofertowego (str. 1-2 oferty Konsorcjum IDS), treści pytań nr 27, 30, 31, 32, 41, 42, 46, 50 i 56 wraz z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami (pismo Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2015 r.), wytytułów z kosztorysów ofertowych załączonych do oferty Konsorcjum IDS – dowód nr 13.

Konsorcjum E wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. Interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2009 r., znak sprawy IPPP3/443-84/09-2/KG – dowód nr 14,
2. ofert podwykonawców Odwołującego na dostawę sprzętu medycznego – dowód nr 15,
3. interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 13 listopada 2014 r., znak sprawy IPPP1/443-944/14-2/MPe – dowód nr 16,
4. ofert podwykonawców Odwołującego na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych – dowód nr 17,

Zamawiający wniosł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. zdjęć z procesu instalacji przykładowego urządzenia – dowód nr 18
2. załączonej do odpowiedzi na odwołanie opinii w sprawie prac instalacyjnych w zakresie paneli nadciśnieniowych, instalacji gazów medycznych oraz urządzeń do sterylizacji i dezynfekcji z dnia 21 czerwca 2016 r. (dowód nr 19)

Konsorcjum A wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści memorandum z dnia 6 czerwca 2016 r. (dowód nr 20).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępując do zawartych w odwołaniach i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zwała, co następuje.

#### Rozstrzygnięcie o wnioskach Zamawiającego o odrzucenie odwoła

Chybiony, w ocenie składu orzekającego, był wniosek o odrzucenie odwoła Konsorcjum Inso i Konsorcjum IDS na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Przywołany przez Zamawiającego w podstawie omawianego wniosku przepis dotyczy w ogólnie sytuacji, w których odwołanie wniosł podmiot nieposiadający w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego statusu wykonawcy (art. 2 pkt 11 Pzp). Nie znajduje ona natomiast zastosowania w przypadkach, w których wykonawca założył do odwołania wadliwe pełnomocnictwo, a na tak właśnie nie okoliczności wskazywał Zamawiający uzasadniając przedmiotowy wniosek. Powyższe należy poczytywać za uchybienie formalne podlegające poprawieniu, o czym poniżej, i obciążone, w razie jego nieusunięcia, sankcją jest odrzucenie odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że Konsorcjum I założyło do odwołania następujące pełnomocnictwa:

1. pełnomocnictwo z dnia 24 maja 2016 r. udzielone V.C. przez INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., działające w imieniu własnym oraz, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 maja 2016 r., w imieniu Summa Turizm Yatirimciligi A.S., obejmujące, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego, uprawnienie do wnoszenia rodków ochrony prawnej na podstawie przepisów Pzp i reprezentowania przed Izba,
2. pełnomocnictwo z dnia 24 maja 2016 r. udzielone N.D.O. przez F.B. i O.S. reprezentujących Summa Turizm Yatirimciligi A.S., uprawniające, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego, do reprezentowania spółki na posiedzeniach i rozprawach Krajowej Rady Odwoławczej,
3. pełnomocnictwo z dnia 10 marca 2015 r. udzielone przez Summa Turizm Yatirimciligi A.S., ustanawiające INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. liderem Konsorcjum Inso w Postępowaniu i uprawniające lidera, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego, do wnoszenia rodków ochrony prawnej na podstawie przepisów Pzp i reprezentowania przed Izba.

Na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2016 r. pełnomocnik Konsorcjum Inso konsekwentnie twierdził, że uprawnienie V.L. do wniesienia odwołania wynikało z pełnomocnictw wymienionych powyżej w pkt 1 i 2.

Suma powyższych okoliczności uzasadniała, zdaniem Izby, wniosek o przekroczeniu przez osobę, która podpisała odwołanie zakresu udzielonego jej pełnomocnictwa, jako że nie dysponowała ona uprawnieniem do wniesienia odwołania, a jedynie uprawnieniem do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu wywołanym jego wniesieniem. Nie uzasadnia to jednak, jak wspomniano, twierdzenia o istnieniu podstawy odrzucenia odwołania, o której mowa w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Należy ją czytać z sytuacjami, w których odwołanie zostało wniesione przez podmiot niebędący wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, natomiast w przypadku braku pełnomocnictwa należy go traktować jako uchybienie formalne, które może zostać usunięte w następstwie wezwania skierowanego do odwołującego przez Prezesa Izby (§ 9 w zw. z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t.), bądź przez skład orzekający (§ 13 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 i § 4 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia). Trzeba również pamiętać, że skutkiem niezuzupełnienia wspomnianego braku formalnego jest zwrot odwołania, nie zaś jego odrzucenie, co wynika z § 9 *in fine* przywołanego rozporządzenia.

Z uwagi na powyższe Izba uznała za zasadne wezwanie Konsorcjum I do złożenia pełnomocnictwa (pełnomocnictw) uprawniającego (uprawniających) do wniesienia odwołania w terminie 3 dni pod rygorem jego zwrotu.

W odniesieniu do pełnomocnictwa udzielonego osobie reprezentującej członka

Konsorcjum IDS (Korporacji „ALTIS-HOLDING”) skład orzekający stwierdził, że rzeczywiście uprawniona jest do wnoszenia odwołań do Prezesa UZP, który nie jest organem właściwym do ich rozpatrywania, tym niemniej nie uzasadniało to wzywania Konsorcjum IDS do uzupełnienia pełnomocnictwa, ani tym bardziej nie uprawniało do odrzucenia wniesionego przez niego odwołania. Izba stoi na stanowisku, że pełnomocnictwo jest o wiadczeniem woli podlegającym wykładni, która zmierza do ustalenia rzeczywistej woli mocodawcy. Skoro zatem w aktualnym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że jedynym organem właściwym do rozpatrywania odwołań wnoszonych na podstawie przepisów Pzp jest Izba, to akcentowanie przez Zamawiającego wadliwość pełnomocnictwa należy poczytywać za omyłkę, która nie uzasadnia wniosku o wadliwym zakresie pełnomocnictwa. W szczególności nie sposób przyjąć, że wola mocodawcy było scedowanie na pełnomocnika uprawnienia do podjęcia czynności, która nie wywołałaby żadnych skutków prawnych.

67

---

Nie zasługiwał również na uwzględnienie wniosków o odrzucenie odwołań Konsorcjum IDS i Konsorcjum E na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego ani podnoszona w treści wniosku okoliczność, w świetle której Zamawiający nie stosował w toku Postępowania przepisów podatkowych, ani te odnotowane w protokole posiedzenia stwierdzenie pełnomocnika Zamawiającego, jakoby podstawą wniosku było wadliwe sformułowanie przez ww. odwołujących zarzutów odwołań nie stanowi uzasadnienia dla ich odrzucenia. Przywołany powyżej przepis dotyczy sytuacji, w których prowadzona przez dany podmiot procedura nie jest regulowana przepisami Pzp, przykładowo, z uwagi na status podmiotu udzielającego takiego zamówienia (zob. zawarty w art. 3 Pzp katalog instytucji posiadających status zamawiających) lub z uwagi na istnienie jednego z wyjątków, o których mowa w art. 4 Pzp.

*Ad casum* adne z okoliczności uzasadniającej odstąpienie od stosowania przez Zamawiającego regulacji Pzp nie zachodzi. Prowadzi on bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika chociażby z przywołanej w SIWZ podstawy prawnej (str. 1 SIWZ), za zaskarżone czynności dotyczą m.in. odrzucenia ofert odwołujących z uwagi na błędy w obliczeniu cen, czyli niewłaściwego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1

zarzutów pkt 6 Pzp. Okoliczność, że

dwóch spośród odwołujących uczyniło podstawą

również przepisy Ustawy o VAT nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu wniesionych przez nich roszczeń o ochronę prawnej.

Nie potwierdziła się również podstawa odrzucenia wszystkich odwołań, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp.

W ocenie składu orzekającego okoliczność, że Zamawiający uczynił dzień 27 maja 2016 r. wolnym od pracy, nawet jeżeli upublicznił taką informację na stronie internetowej, nie mogła stanowić uzasadnienia dla twierdzenia, że odwołanie przesłane mu w tej dacie nie

spełnia wymogów, o

których mowa w art. 180 ust. 5 zd. pierwsze Pzp. Przepis ten obciąża

odwołującego obowiązkiem przesłania zamawiającemu kopii odwołania przed upływem

terminu do jego wniesienia, co – biorąc pod uwagę dzień, w którym Zamawiający

poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – przypadało na 27 maja 2016 r.

Próbno jest przy tym szukać argumentów uprawniających wnioski, że termin ten powinien

*ad casum* ulec skróceniu do dnia 25 maja 2016 r. (dzień 26 maja 2016 r. był dniem

ustawowo wolnym od pracy) wyłącznie z tej przyczyny, że Zamawiający tak zorganizował

swoją pracę, że 27 maja 2016 r. był dla niego dniem wolnym od pracy. Należy mieć na

względnienie, że termin na realizację obowiązku z art. 180 ust. 5 Pzp należy liczyć identycznie

z terminem na wniesienie odwołania, a skoro ten nie uległ skróceniu, czego Zamawiający nie

podnosił, to nie sposób twierdzić, że pierwszy ze wspomnianych terminów miałby upływać

68

---

wcześniej niż 27 maja 2016 r. Przyjęcie odmiennego zapatrywania stanowiłoby *de facto* nieuprawnione skrócenie ustawowego terminu na wniesienie odwołania, a także następstwem nieuzasadnionej ingerencji w zasady obliczania terminów na dokonywanie czynności prawnych.

W nawiązaniu do stanowiska Konsorcjum A, które wskazywało na brak możliwości

przesłania Zamawiaj cemu kopii odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej z uwagi na przyjęte w Post powaniu formy komunikacji (zob. Rozdział III SIWZ) skład orzekaj cy uznał, że wykracza ono ponad argumentację Zamawiaj cego, co rodzi wątpliwość w zakresie zgodności takiego post powania z przepisem art. 185 ust. 5 Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że z przepisu art. 180 ust. 5 zd. drugie *in fine* Pzp wynika domniemanie, że zamawiaj cy mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp, a zatem w formie, która nie musi wynikać z dopuszczonego przez zamawiaj cego sposobu porozumiewania się z wykonawcami. Innymi słowami skład orzekaj cy uznał, że odwołuj cy byli uprawnieni do przesłania Zamawiaj cemu kopii odwołania drogą elektroniczną.

Nietrafne było również wskazywanie przez Zamawiaj cego, jako podstawy odrzucenia odwołania, na niezależne czenie przez Konsorcjum E wymienionych w odwołaniu wniosków, które miałyby być wniosek taki byłby uprawniony zał czników. Skład orzekaj cy

wyraża zaprzeczenie,

wyraża czenie w sytuacji, w której treść wspomnianych wniosków miałyby wartość

z nimi przez Zamawiaj cego. merytoryczną, uzasadniają c konieczność

zapoznania się

Nie dotyczy to natomiast wniosków, które służyły wykazaniu spełnienia przez odwołanie wymogów formalnych, takich jak chociażby dowodu uiszczenia wpisu, pełnomocnictw, czy dokumentów rejestrowych, a tego rodzaju dokumenty wymieniono w wnioskach do odwołania Konsorcjum E.

Reasumując, wnioski o odrzucenie odwoła zostały przez Izbę oddalone. Ponadto, wobec uzupełnienia przez Konsorcjum Inso właściwych pełnomocnictw, wszystkie odwołania podlegały rozpatrzeniu.

#### **Rozstrzygnięcie o zgłoszonych przystąpieniach do post powania odwoławczego**

Izba, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła uwzględnić dnią zgłoszone przez Konsorcjum IDS i Konsorcjum E przystąpienia. Nie uwzględniono natomiast przystąpienia zgłoszonego przez Konsorcjum Inso stwierdzając, że osoba, która podpisała pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do post powania odwoławczego nie wykazała umocowania do działania w imieniu podmiotu aspirującego do miana uczestnika tego

---

post powania z przyczyn szczegółowo omówionych w uzasadnieniu oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania Konsorcjum Inso.

Pamiętać należy, że o ile niezależne czenie do wniesionego odwołania pełnomocnictwa jest brakiem formalnym podlegającym uzupełnieniu, o tyle analogiczna sytuacja w przypadku przystąpienia do post powania odwoławczego uzasadnia odmowę nadania wykonawcy statusu przystępującego. Przepisy Pzp nie znaj instytucji uzupełniania braków formalnych przystąpienia do post powania odwoławczego, ta bowiem znajduje zastosowanie, w określonych sytuacjach, jedynie w odniesieniu do odwołania (argument z przepisu art. 187 ust. 3 i 7 Pzp).

#### **Legitymacja odwołuj cych do korzystania ze środków ochrony prawnej**

Izba uznała, że co do zasady, z zastrzeżeniem powyższych uwag, kademu z odwołuj cych przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, wynikająca ze spełnienia przesłanek określonych przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

#### **Sygn. akt KIO 898/16**

Skład orzekaj cy nie podzielił zaprzeczenia przystępującego Konsorcjum IDS odnośnie braku możliwości poniesienia przez Konsorcjum Inso szkody z uwagi na nieobjęcie zarzutami odwołania oferty przystępującego, która byłaby sklasyfikowana przed ofertą odwołuj cego. Zdaniem Izby ze środka ochrony prawnej korzysta się w określonych okolicznościach faktycznych, za spełnienia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp, ocenia się na moment wniesienia odwołania. Biorąc powyższe pod uwagę należy mieć na względzie, że Zamawiaj cy odrzucił 3 z 4 ofert, uznając za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum A, która jako jedyna nie podlegała – w jego ocenie – odrzuceniu.

W powyższych okolicznościach uznano, że Odwołuj cy prawidłowo zaskarżył odrzucenie swojej oferty, ponieważ nie mogło być od niego racjonalnie oczekiwać antycypowania zachowania innego uczestnika Post powania (Konsorcjum IDS), którego

wnoszenia przez Konsorcjum Inso odwołania – również odrzucona.

Jedynie na marginesie Izba stwierdza, że w odwołaniu Konsorcjum Inso nie znalazły się prawidłowo sformułowane zarzuty dotyczące ofert konkurencji, tj. Konsorcjum IDS i Konsorcjum E (jakkolwiek zarzut w stosunku do oferty Konsorcjum E nie podlegałby, z niżej wymienionych przyczyn, merytorycznej ocenie). Wskazuje na to brzmienie *petitum* odwołania, w którym Odwołujący zarzuca zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A i wskazuje na naruszenie w tym zakresie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a nadto dał wyrazie odrzucenia oferty tego konsorcjum (str. 2 odwołania).

70

Nie sposób twierdzić przy tym, że niejako przy okazji uzasadniania zarzutu dotyczącego oferty Konsorcjum A, Odwołujący sformułował analogiczne zarzuty względem ofert innych tego sformułowane w *petitum* odwołania zarzuty konkurentów, ponieważ nie potwierdzają i wnioski.

Nie mogły natomiast podlegać merytorycznej ocenie zarzuty Odwołującego skierowane przeciwko ofercie Konsorcjum A (pkt 1 wypunktowanie drugie, str. 2 odwołania) z uwagi na fakt, że dotyczyły oferty mniej korzystnej od oferty odwołującego. W takiej sytuacji nie doszło do zaktualizowania się po jego stronie przesłanek, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołanie jest bowiem rodzajem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania zamówienia przez podmiot, który z niego korzysta i w takim właśnie kontekście należy oceniać istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Innymi słowami odwołanie ma stworzyć odwołującemu warunki do uzyskania zamówienia, a do tego celu nie jest konieczne kwestionowanie prawidłowości oceny oferty sklasyfikowanej na niższej pozycji.

Trudno jest również mówić w takim wypadku o chociażby możliwym poniesieniu przez Odwołującego szkody. Skład orzekający stoi na stanowisku, że w sytuacji zaistniałej w przedmiotowej sprawie interes Odwołującego wyraża się w kwestionowaniu odrzucenia jego oferty i tylko w związku z tym czynnościami Zamawiającego istnieje możliwość wykazania przesłanki związku z szkodą.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że ewentualnemu uwzględnieniu zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Konsorcjum A (czy też, generalnie, ofercie mniej korzystnej) sprzeciwiałby się przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Wynika z niego, że przesłanką uwzględnienia odwołania jest także naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dotyczy to sytuacji, w których w następstwie uwzględnienia odwołania zmienia się wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób odwołującemu uzyskanie zamówienia, umówiłby co w przedmiotowej sprawie, w razie uwzględnienia zarzutów związanych z oceną oferty Konsorcjum A, nie miałyby miejsca.

#### **Sygn. akt KIO 899/16**

Z uwagi na fakt, że nie potwierdził się zawarty w odwołaniu Konsorcjum E zarzut dotyczący zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie rzeczywistej Konsorcjum IDS, o czym w dalszej części uzasadnienia, że zarzutów sformułowanych przez Konsorcjum IDS, że względem omówionych powyżej, nie podlegała merytorycznemu rozpoznaniu. Dotyczy to zarzutów związanych z oceną ofert mniej korzystnych od oferty Odwołującego (zarzuty oznaczone pkt II-VIII, str. 3 odwołania). Ze wskazanej przyczyny nie

71

został również wzięty pod uwagę dowód nr 17, złożony do akt sprawy przez przystępujące Konsorcjum E.

Izba uznała, że skoro oferta Odwołującego sklasyfikowana została na pierwszym miejscu, to ocenie podlegała *de facto* również zarzut dotyczący niezasadnego jej odrzucenia z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Tylko w sytuacji uwzględnienia wspomnianego zarzutu z odwołania Konsorcjum E Odwołujący mógłby wykazywać istnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów skierowanych do ofert konkurentów, ponieważ oferta Konsorcjum IDS uległaby przesunięciu na ostatnią pozycję w rankingu.

#### **Sygn. akt KIO 901/16**

Stosując konsekwentnie wskazane powyżej reguły dotyczącej celowości kwestionowania ofert mniej korzystnych od oferty danej, Izba nie poddała również ocenie zarzutów Konsorcjum E względem oferty Konsorcjum A, jako oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego (pkt III.2), str. 3 odwołania).

### **Rozstrzygnięcie o podlegających merytorycznej ocenie zarzutach odwoła**

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści SIWZ wraz ze wskazanymi poniżej wnioskami o jej wyjaśnienie i odpowiedziami Zamawiającego, ofert odwołujących i Konsorcjum A, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wymienionych powyżej dokumentów załączonych do pism procesowych lub złożonych do akt postępowania odwoławczego na rozprawie.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, że stan faktyczny, co do zasady, nie był spornym między stronami, wobec czego odstąpił od jego szczegółowego przytoczenia.

### **Zarzut odrzucenia ofert odwołujących z uwagi na błąd w obliczeniu cen (zarzut z pkt 1 wypunktowanie pierwsze odwołania Konsorcjum Inso, pkt I odwołania Konsorcjum IDS, pkt III.1) odwołania Konsorcjum E)**

Skład orzekający stwierdził, że przedmiotowy zarzut potwierdził się w odniesieniu do ofert Konsorcjum IDS i Konsorcjum E i że celowo potwierdził się w odniesieniu do oferty Konsorcjum Inso. Uznał bowiem, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym uzasadniającym zastosowanie jednolitej stawki VAT dla całego świadczenia.

Podkreślenia wymaga, że skoro teoria świadczenia kompleksowego nie znajduje umocowania w przepisach podatkowych, to jej stosowanie musi odbywać się na zasadzie wyjątku od reguły, zgodnie z którą każde z należącego opodatkowywać odrębnie.

72

---

Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że wspomniana wyjątkowość oznacza konieczność analizowania celowości zastosowania konstrukcji świadczenia kompleksowego w realiach konkretnego stanu faktycznego. Ergo, argumenty ogólne, czy wskazujące na pewne tendencje w interpretacji podobnych stanów faktycznych przez zamawiających w innych postępowaniach, organy podatkowe, sędzi czy Izb nie mogą mieć przesłany przez

wiadczące (zob. znaczenia przy

rozstrzygnięciu o zasadach opodatkowania określonych dowody nr 5, 8, 11, 13 i 15).

Tytułem wprowadzenia do dalszych rozważań Izba wskazuje, że nie mogło odnieść skutku odwołanie się przez Zamawiającego ani do ustalonej formuły wynagrodzenia, czy sposobu rozliczania (fakturowania) robót i wartości poszczególnych świadczeń, ani do przyjątego zamierzenia inwestycyjnego, jakim jest budowa szpitala, nie zaś samej instalacji gazów medycznych. Trzeba mieć bowiem na względzie, że subiektywne przekonanie Zamawiającego o tym, które ze świadczeń ma dla niego podstawowe (najistotniejsze) znaczenie, czy te narzucone przez jedną ze stron postanowienia umowy, czy wreszcie zgodna wola stron kontraktu, nie mogą przesłany o istnieniu, bądź wymiarze obowiązku podatkowego.

Odnosząc się bezpośrednio do kwalifikacji instalacji gazów medycznych Izba zwróciła uwagę, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego dokumentacja Postępowania dawała podstawy do wyodrębnienia tego świadczenia, chociażby z tego względu, że dla systemu

opracowany został odrębny przedmiar, a samej instalacji opisano rurociągi w dokumentacji projektowej. Jakkolwiek wykonanie tego świadczenia w ramach usługi jest z natury prawnej budowlanej pewno cel uzasadnione szeregiem względów

czy w celu (zakaz dzielenia zamówienia

objętego Pzp), praktycznej przepisów

(synchronizacja prac w procesie budowlanym), tym niemniej nie musi to oznaczać, że mamy do czynienia ze świadczeniami takimi jak z innymi, że ich ewentualne rozdzielanie miałoby charakter sztuczny. Tytułem przykładu zauważa należało, że świadczenia te mogą na oddzielenie w czasie, co potwierdza celowość objęcia przedmiotem zamówienia wyłącznie dostaw i montaż takiej instalacji (zob. dowód nr 3 i 11), czy powierzyć do wykonania innemu podmiotowi, o czym świadczy przedstawione przez odwołujących oferty podwykonawców (dowody nr 4, 9, 16), co i tak nie przeczyłoby celowości oceny przez Zamawiającego finalnego rezultatu.

W ocenie Izby nie bez znaczenia jest również fakt, że niezależnie od przyjętej w Postępowaniu formuły wynagrodzenia, trudno ci wykonawca nie powinien mieć z wyodrębnieniem wartości wynagrodzenia za instalację gazów medycznych od wartości pozostałego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

73

Nie sposób pominąć także i tej okoliczności, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy II b, podlegającym szczególnym wymaganiom wynikającym m.in. z przepisów Dyrektywy 93/42/EWG, czy Ustawy, co nie było przez Zamawiającego kwestionowane, a nadto wynika z dowodów nr 2 i 10.

Ponadto ustawodawca przez długi czas, a dostawa wyrobu medycznego jest opodatkowana obniżoną stawką VAT, co wynika z przepisu art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 i poz. 105 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT. Izba uznała, że wbrew argumentacji Zamawiającego i Konsorcjum A nie było podstaw do przyjęcia, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia nie tyle z dostawą wyrobu medycznego, ile z usługami mającymi na celu jego wytworzenie w toku procesu budowlanego. Argumentacja ta znalazła odzwierciedlenie przede wszystkim w opinii złożonej przez Konsorcjum A (dowód nr 20), tym niemniej – poza odwołaniem się do irrelevantnego dla przedmiotowej sprawy przykładu związanego z zasadami opodatkowania dostawy gazów medycznych i stwierdzenia o dychotomicznym podziale świadczeń na dostawy i usługi na gruncie Ustawy o VAT – nie zawierała szczegółowego uzasadnienia dla takiego stwierdzenia.

Jedynie ubocznie skład orzekający stwierdza w tym miejscu, że można na zaobserwować na rynku ukształtowaną praktykę identyfikowania świadczeń polegających na dostawie i montażu instalacji gazów medycznych z dostawą wyrobów medycznych opodatkowaną obniżoną stawką VAT, co odbywa się przy aprobacie organów podatkowych i jest przyjmowane w orzecznictwie sądów administracyjnych (zob. dowody nr 3, 4, 8, 9, 11, 13, 15, 16 oraz orzecznictwo i interpretacje organów podatkowych przywoływane obszernie we wszystkich odwołaniach).

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający uznał za wiarygodne w omówionym zakresie memorandum złożone do akt sprawy przez Konsorcjum IDS (dowód nr 7), a także za częściowo wiarygodną opinię prawnopodatkową przedstawioną przez Konsorcjum Inso

odnoszących się do warunków (dowód nr 1), jednakże wył

cznie w zakresie twierdzenia

świadczenie kompleksowe oraz związanych z kwalifikacją, jaką powinno odpowiadać instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego.

Izba odmówiła natomiast wiarygodności zawierającej przeciwne do powyższych wnioski opinii sporządzonej na zlecenie Konsorcjum A (dowód nr 20). Jej autor – uzasadniając nierozdzielny związek pomiędzy robotami budowlanymi, a wykonaniem instalacji gazów medycznych – scharakteryzował to świadczenie jako mieszczące się w pojęciu budynku oraz budowę jego części składowych. Pominięto jednak przy tym istotną okoliczność, że – po pierwsze – sama instalacja nie jest niezbędna do prawidłowego funkcjonowania szpitala (choć niewątpliwie ją ułatwia), w sektorze usług medycznych

74

funkcjonują bowiem podmioty lecznicze, które takowej nie posiadają (zob. wnioski koźcowe z opinii stanowiące dowód nr 10). Po drugie zaś – przytoczone wnioski opinii przedstawionej przez Konsorcjum A nie przeczą, jak wskazano powyżej, że mimo to po niedłuzszym wykonaniu takiego świadczenia przez inny od wykonawcy robót budowlanych podmiot, co zasadniczo nie wpłynie negatywnie na możliwość prowadzenia działalności leczniczej, a ewentualnie – do czasu dostarczenia i zamontowania instalacji – na jej standard. Stąd twierdzenie o braku gospodarczego sensu takiego świadczenia w razie jego oddzielenia od czynności głównej (robót budowlanych) Izba uznała za chybione.

Ponadto w treści omawianej opinii – poza odwołaniem się do dorobku orzeczniczego TSUE – nie wskazało na czym konkretnie miałyby polegać pogorszenie funkcjonalności systemu podatku od towarów i usług w przypadku odejścia od koncepcji świadczenia kompleksowego. Co zaś do gazów dotyczących zawartych w niej twierdzenia, jakoby instalacja medycznych można traktować jako wyrób medyczny dopiero po zakończeniu robót budowlanych Izba uznała, że stojące w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego

(por. przepis art. 185 ust. 5 Pzp), który nie kwestionował statusu instalacji jako wyrobu medycznego, co uzasadniało ich pominięcie.

W ocenie omawianego zarzutu pominięcia został zawnioskowany przez Konsorcjum Inso dowód w postaci wyciągu z normy (dowód nr 6), który uznany został za nieprzydatny. Odwołujący na jego podstawie wnioskował o posiadanie przez instalację gazów medycznych statusu wyrobu medycznego, podczas gdy nic takiego nie wynika z treści tego dokumentu, co zresztą zostało przyznane przez samego Odwołującego.

Skład orzekający nie znalazł natomiast podstaw do uznania zasadności wyodrębnienia z instalacji gazów medycznych jednego komponentu, który miałby być opodatkowany na zasadach ogólnych. Konsorcjum Inso, poza ogólnikowymi twierdzeniami o wyjątkowo poprawnym sposobie określenia stawki podatku dla wiadczenia obejmującego wykonanie instalacji gazów medycznych, nie przedstawiło dowodów potwierdzających te okoliczności.

Prezentowane w tym zakresie w uzasadnieniu odwołania i złożonej do akt sprawy opinii (dowód nr 1) stanowisko Izba uznała za niekonsekwentne. W odwołaniu mowa była bowiem o wyodrębnieniu w przedmiarze instalacji gazów elementów, które – w ocenie Odwołującego – nie składają się na ten wyrób medyczny (przy czym nazwał on tylko jeden z nich – poz. 1.10 stacja sprężarki powietrza pozamedycznego), podczas gdy w opinii zawarto nie tyle uzasadnienie dla tego twierdzenia, ile wywody dotyczące kompleksowo wiadczenia polegającego na dostawie wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów

75

---

medycznych oraz konieczności wyodrębnienia z tego wiadczenia robót budowlanych związanych z adaptacją pomieszczeń.

Nie sposób również nie zauważyć, że wspomniana opinia zawiera w tej części zastrzeżenie o braku po stronie jej autora dostatecznej wiedzy technicznej, co powoduje, że wnioski zawarte w opinii nie mogą być uznane za kategorię i przesądzać o poprawności mechanizmu zastosowania różnych stawek do opodatkowania dostawy instalacji gazów medycznych.

Co więcej, z dowodów nr 10 i 11 wynika nie tylko, że na gruncie Postępowania Zamawiający uczynił ze stacji sprężarki powietrza pozamedycznego element instalacji gazów medycznych, ale że jest ona generalnie uznawana za jej komponent. Nawet gdyby przyjąć, że tak rozumiana całość nie stanowi jednego wyrobu medycznego, do czego – w ocenie Izby – nie ma podstaw, to zasadne jest uznanie kompleksowość tego wiadczenia uzasadniającego objęcie go jedną stawką podatku, właściwą dla wyrobu medycznego.

Co zaś dotyczy dostawy sprzętu medycznego w ramach robót budowlanych skład orzekający nie uwzględnił prezentowanego w tej kwestii przez Zamawiającego stanowiska wyrażonego w załączonej do odpowiedzi na odwołanie opinii (dowód nr 19), w której akcentowano przede wszystkim względy technologiczne powodujące konieczność zabudowania określonych elementów wyposażenia szpitalnego już na etapie wykonywania robót budowlanych. Izba stwierdziła jednak, że nie wiadczone o nierozdzielnym związku prowadzonych robót z dostawami wyposażenia budowlanego wyrobami medycznymi (opodatkowanymi stawką 8% VAT – dowody nr 9 i 14), ponieważ – wbrew twierdzeniom zawartym w treści opinii – nie ma przeszkód w ich późniejszym zamontowaniu w odpowiednio przygotowanych do tego wcześniej miejscach.

Odnosząc się natomiast do przywołanego na rozprawie przykładu z opinii, dotyczącego konieczności zapewnienia dróg transportu dla urządzeń o dużych gabarytach i przeczy podkreślanemu przez Zamawiającego (dowód nr 18) Izba wskazuje, że nierozdzielny związek tych wiadczeń okolicznościowo, że tak jest po ich zabudowaniu budowlane musiały istnieć odpowiednie dla nich drogi transportu, chociażby w razie ich wymiany. Kwestia momentu zamontowania tych urządzeń wydaje się zresztą być wtórna w stosunku do problematyki określenia właściwej stawki podatku, ponieważ nawet jeżeli by to miało miejsce jeszcze w trakcie prowadzenia robót budowlanych możliwe jest ich wydzielenie i odrębne opodatkowanie. Dbałość Zamawiającego o komfort realizacji inwestycji nie może, w opinii składu orzekającego, wpływać na wymiar obowiązującego podatku.

Nie przesądza również kompleksowość wiadczenia tych pod poz.

wiadczeń składających się na budowę „roboty budowlane”, ani szpitala w ogóle,

76

udzielona przez Zamawiaj cego odpowiedź na pytanie 13 z dnia 11 lutego 2016 r. Skład orzekający stwierdził, że zajęte przez Zamawiaj cego w tym zakresie stanowisko jest wewnątrz sprzeczne, jako że najpierw potwierdza odpowiedzialność wykonawcy za ustalenie prawidłowej stawki podatku, aby następnie usiłował narzucić podstawę stawki VAT na cały przedmiot zamówienia.

Wspomniana odpowiedź nie stanowiła również, jak chciało tego Konsorcjum A, przesądzenia (wskazania) właściwej stawki podatku przez samego Zamawiaj cego.

przez Zamawiaj cego w odpowiedzi na Gdyby bowiem tak było, to

zgodnie z powołanym

odwołaniem uchwały SN byłby on zobowiązany do rozważenia, czy nie zachodzą podstawy do poprawienia w ofertach odwołujących się wykonawców innych omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podczas gdy Zamawiaj cego po prostu odrzucił je w powołaniu na błąd w obliczeniu ceny, co odpowiada sytuacji, w której stawka VAT nie została określona na gruncie danego postępowania. Zamawiaj cego nie dokonał zatem, w następstwie omawianego wyjaśnienia treści SIWZ, zmiany postanowienia Rozdziału XXII ust. 1 SIWZ, zgodnie z którym oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, tj. (...) powiększonej o VAT wyliczonej według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie.

Chybiona była również argumentacja Zamawiaj cego o konieczności pominięcia zarzutów związanych z błędami w obliczeniu cen, jako zarzutów spójnych. Jak wskazano wcześniej w odpowiedzi, udzielenia winien był, zdaniem Zamawiaj cego, od której liczony termin na wniesienie odwołania, była wewnątrz sprzeczna i nie przesądzała właściwej stawki podatku na gruncie Postępowania. W konsekwencji nie sposób twierdzić, że na jej podstawie odwołujący się powinni byli powziąć informacje mogące stanowić wówczas podstawę wniesienia odwołania. Trudno byłoby również wskazać przepisy Pzp, które w związku z treścią tak udzielonej odpowiedzi miałyby zostać naruszone.

Konsekwencją przedstawionych powyżej zastrzeżeń było stwierdzenie przez Izbę

ciowo nieprawidłowej oceny

ofert złożonych przez Konsorcjum IDS i E, a także że

nieprawidłowej oceny Konsorcjum Inso, czym Zamawiaj cego naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Mając jednak na uwadze okoliczności, że zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Konsorcjum Inso nie potwierdził się w całości oraz, że uwzględnieniu odwołania Konsorcjum E sprzeciwia się przepis art. 192 ust. 2 Pzp, Izba oddaliła w tym zakresie odwołania tych wykonawców (pkt 1 i 3 orzeczenia), sentencji uwzględniającej jednocześnie nie odwołanie Konsorcjum IDS (pkt 2 sentencji orzeczenia).

Ponadto, z uwagi na rozstrzygnięcie niniejszym wyrokiem kwestii wiadczenia kompleksowego i związanych z nim stawek VAT dla objętych odwołaniami wiadczeń

77

(co wylądowało koniecznością używania wykonawców do wyjaśnienia treści ofert, które to okoliczności podnosiło Konsorcjum IDS zarzucając Zamawiaj cemu naruszenie art. 87 Pzp) skład orzekający uznał, że Zamawiaj cego niewłaściwie ocenił ofertę Konsorcjum A, która – podobnie jak oferta Konsorcjum Inso – również obciążona była błędem w obliczeniu ceny. Konieczne stało się zatem nakazanie Zamawiaj cemu jej odrzucenia, ponieważ brak jest podstaw do dopuszczenia do ponownej oceny ofert, w których wykonawcy zastosowali różną stawkę podatku od towarów i usług.

#### **Zarzut zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum IDS (zarzut z pkt III.5) odwołania Konsorcjum E)**

Zarzut nie potwierdził się.

W ocenie Izby przystąpił do Konsorcjum IDS w sposób rzetelny i wiarygodny wyjaśnił przyczynę odmiennej konstrukcji kosztorysu obejmującego roboty budowlane, a złożył dowód w postaci wyciągu z kosztorysu i formularza ofertowego (dowód nr 12) potwierdzający, że do kwoty wykazanej w poz. 1 cz. II nie wliczył w nim wartości formularza.

#### **Zarzut zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum IDS i Konsorcjum INSO z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oraz z uwagi na fakt, że ich treść nie odpowiada SIWZ (zarzuty z pkt III.3), III.4), III.6) i III.7) odwołania Konsorcjum E)**

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Powyższe rozstrzygnięcie wymagało uprzedniego zdefiniowania przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia wykonawcy. Izba uznała, że wynagrodzenie to ma w istocie mieszany charakter – ryczałtowy w zakresie robót objętych dokumentacją projektową, natomiast kosztorysowy w odniesieniu do robót zaniechanych i zamiennych.

W nawiązaniu do powyższego należy wyjaśnić, że postanowienia Rozdziału XXII ust. 2, 4 i 6 SIWZ, a nadto treść § 8 ust. 2 wzoru umowy wskazują na niezmiennie wynagrodzenia za realizację wiadczonych dokumentacji projektowej, co potwierdza ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zaprzetywanie takie wzmacnia dodatkowo okoliczności, że kosztorysy ofertowe sporządzone przez wykonawców nie będą stanowiły załączników do umowy i nie zostały wymienione w różnorodnych dokumentach charakteryzujących zobowiązanie wykonawcy (por. § 1 ust. 3 wzoru umowy). Zamawiający, co nie było kwestionowane przez Odwołującego, nie przewidział również rozliczenia wynagrodzenia za wspomniany powyżej podstawowy zakres robót na podstawie obmiarów powykonawczych, odnosząc się w tym zakresie wyłącznie do harmonogramu rzeczowo-finansowego i protokołów odbioru (zob. § 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy).

78

Skład orzekający przychylił się do stanowiska Zamawiającego i uznał, że rzeczywistą podstawą oczekiwania od wykonawców kosztorysów ofertowych sporządzonych w formie szczegółowej była – po pierwsze – konieczność weryfikacji sporządzonego przez wykonawcę po zawarciu umowy harmonogramu rzeczowo-finansowego, a po drugie – ustalenie podstaw do rozliczania (obniżenia, podwyższenia) wynagrodzenia za roboty zaniechane lub zamiennie. W ich zakresie Zamawiający przewidział bowiem odstępstwo od przyjętego modelu wynagrodzenia ryczałtowego, dopuszczając możliwość jego zmiany, na co wskazują postanowienia § 8 ust. 3 i 5 wzoru umowy.

W powyższym kontekście należy rozpatrywać zawarte w Rozdziale XXII ust. 5 SIWZ i powtórzone w wyjaśnieniach Zamawiającego oczekiwania przedstawienia kosztorysów sporządzonych metodą szczegółową. Trzeba mieć przy tym na względzie, że w postanowieniach § 8 ust. 4 i 6 wzoru umowy (a więc w zakresie związanym z rozliczaniem robót zaniechanych i zamiennych) zawarto odniesienie wyłącznie do kosztorysów ofertowych, jako stanowiących jedną z podstaw ustalenia wartości robót.

Z przytoczonych względów Izba uznała, że kosztorysy ofertowe nie mogły stanowić – zgodnie z intencją Odwołującego – podstawy ustalenia zakresu zobowiązania wykonawcy (a zarazem oceny zgodnie z oferowanym wiadczeniem z wymogami Zamawiającego), jak również przedmiotu oceny w kontekście prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Odnośnie drugiej z okoliczności skład orzekający wskazuje dodatkowo, że we wspomnianych postanowieniach umowy (§ 8 ust. 4 zd. drugie i ust. 6 zd. drugie wzoru umowy) Zamawiający przewidział mechanizmy ustalenia wartości robót zaniechanych i zamiennych, które w kosztorysach nie zostały wycenione, wobec czego oczekiwanie, że z uwagi na te okoliczności oferta zostanie uznana za dotkniętą błędem w obliczeniu ceny nie wydaje się zasadne.

Nawet gdyby jednak przyjęć, że postanowienia SIWZ wskazywały na odmienną pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych, to należy mieć na względzie, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 11 z dnia 1 kwietnia 2016 r. dokonał wykładni autentycznej postanowień Rozdziału XXII SIWZ stwierdzając wyraźnie, że nie podziela obaw wykonawcy odnośnie istnienia podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na wadliwość kosztorysów oraz wskazując na charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy. Skład orzekający wyraża zaprzetywanie, że wykonawcy mają prawo działać w zaufaniu zarówno do postanowień SIWZ, jak i ich interpretacji dokonanej przez zamawiającego w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji.

Reasumując, Izba nie dopatrywała się podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Inso i Konsorcjum IDS z uwagi na błąd w obliczeniu ceny lub niezgodność ich treści z SIWZ,

79

pomijając przy ocenie omawianych zarzutów pytania z pisma Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2015 r. i wyciągając z kosztorysów ofertowych odnoszących się do brakujących pozycji z oferty Konsorcjum IDS (dowód nr 12), jako niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia o omówionych zarzutach.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz – w zakresie oddalonych odwołań – w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238). W przypadku uwzględnionego odwołania rozstrzygnięcie o kosztach oparte zostało na przytoczonych powyżej przepisach Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....