

Sygn. akt KIO 1844/19  
KIO 1847/19

**WYROK**  
**z dnia 11 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. i w dniu 9 października 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 19 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 1844/19);
- B. w dniu 19 września 2019 r. przez wykonawcę **Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1847/19);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Stołeczne Centrum Opiekuńczo - Lecznicze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**, zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1844/19, KIO 1847/19 po stronie zamawiającego;

oraz

- B. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1847/19 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 1844/19);
2. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonaniem 2 robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 12 mln zł., ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku; art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu z powodu braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VI punkt 1.2.3.2.1 oraz 1.2.3.2.3, względnie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wyżej wymienionych warunków lub/i art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dat pełnienia funkcji kierownika budowy/robót; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, mimo zaistnienia błędów w złożonych kosztorysach, niepodlegających poprawieniu (sygn. akt KIO 1844/19);
3. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1847/19);
4. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1844/19 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu; kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1847/19 obciąża

wykonawcę Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, tytułem wpisu od dowołania o sygnaturze KIO 1844/19 oraz uiszczoną przez wykonawcę Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od dowołania o sygnaturze akt KIO 1847/19;
- 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Stołecznego Centrum Opiekuńczo - Leczniczego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.3. zasądza od wykonawcy Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Stołecznego Centrum Opiekuńczo - Leczniczego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**Stołeczne Centrum Opiekuńczo - Lecznicze Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie, w systemie wybuduj zadania pn.: „Budowa Pawilonu medycznego w Zakładzie Opiekuńczo - Leczniczym przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby lecznicze Zakładu”, znak sprawy ZP/23/2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) – dalej „ustawa Pzp”. W dniu 10 czerwca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 110-267343.

W dniu 19 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w sprawie o sygn. akt KIO 1844/19 (dalej „odwołujący” lub „Konsorcjum PRK 7”), którzy wnieśli odwołanie, podnosząc niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechania) zamawiającego polegające na: odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”); zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej „Konsorcjum Wodpol”) oraz odrzucenia jego oferty a także wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Wodpol.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ mimo, iż oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ, względnie zaniechanie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp;

- 2) art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wodpol, mimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji służących ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonaniem 2 robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 12.000.000,00 zł.;

względnienie

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wodpol, które nie wykazało spełnienia warunku udziału w zakresie wskazanym w zarzucie nr 2 tudzież art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol mimo, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu zaoferowanej ceny, polegające na zastosowaniu (w zakresie wskazanym w uzasadnieniu) preferencyjnej stawki VAT- 8% mimo braku odpowiednich podstaw prawnych;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wodpol, które nie wykazało spełnienia warunku udziału określonego w Rozdziale VI punkt 1.2.3.2.1 oraz 1.2.3.2.3, względnie art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunków lub/ i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dat pełnienia funkcji kierownika budowy/ robót;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol mimo zaistnienia błędów (wskazanych w treści uzasadnienia) w złożonych kosztorysach, niepodlegających poprawieniu;
- 7) art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wodpol mimo zaistnienia przesłanek wskazanych w zarzutach nr 2-6 powyżej, skutkujących wykluczeniem wykonawcy lub/ i odrzuceniem jego oferty.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wodpol; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia Konsorcjum Wodpol oraz odrzucenia jego oferty; wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego wskazywał, że podstawą odrzucenia jego oferty było wycenienie w kosztorysie budowlanym w poz. 1 zakresu znajdującego się poza zakresem zamówienia i podanie kwoty niezgodnej z odpowiedzią zamawiającego, który wskazywał, iż wartość tej pozycji (z uwagi na jej pozostawienie poza zakresem zamówienia) winna wynosić 0. Zwracał uwagę, że po pierwsze z uwagi na wycenę zakresu nieobjętego przedmiotem zamówienia, ukształtowany sposób wyceny oferty w zakresie pozycji nr 1 kosztorysu budowlanego (podana kwota formalnie niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego) nie ma żadnego wpływu na sposób realizacji przedmiotowego zamówienia. Dopisanie tej pozycji nastąpiło wyłącznie na skutek omyłki (zamawiający formalnie nie wykreślił tej pozycji), a zmiana ceny nie będzie istotna (w szczególności nie ma wpływu na wynik postępowania). Podnosił, iż wartość dodatkowej wyceny stanowi około 0,2% wartości oferty. Dodatkowo sam zamawiający wskazał oczekiwany sposób wyceny tej pozycji, co biorąc pod uwagę powyższe, wskazuje na obowiązek poprawienia przez zamawiającego wyceny ofertowej odwołującego (w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp), poprzez zmianę wszystkich wartości wskazanych w kosztorysie budowlanym w poz. 1 w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego na liczbę 0 oraz obniżenie wartości całkowitego wynagrodzenia o całkowitą wartość tej pozycji.

W zakresie zarzutu formułowanego w pkt 2 i 3 tj. wprowadzenia w błąd zamawiającego oraz braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VI, pkt 1.2.3.1. odwołujący podnosił, że Konsorcjum Wodpol złożyło wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazało jako opis jednej z dwóch wykazywanych na potwierdzenie spełnienia roboty budowlanej: „Wykonawca wykonał roboty polegające na przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej pn.: „Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku operacyjnego, Oddziału anestezjologii i intensywnej terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów ppoż oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (c.o., wod-kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i instalacje elektryczne.”. Jako wartość wykonanych robót budowlanych wykonawca wskazał: 12 027 543,48 zł. Tożsame informacje znalazły się również w JEDZ wykonawcy Wodpol (s.13, cz. IV litera C). Tymczasem podana w tych dokumentach rzekoma wartość robót budowlanych, w sposób nieznacznym przekraczająca postawiony warunek, odnosi się również do wartości wyposażenia (dostawy), co wynika również z treści załączonych do wykazu referencji - „wartość wykonanych robót i dostaw wyposażenia wyniosła 12 027 543,48 zł. brutto”. Roboty wykazywane przez wykonawcę, celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, były wykonywane w oparciu o umowę poprzedzoną postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści dokumentów przetargowych wynika, iż w zakres wyposażenia objętego przedmiotem

zamówienia wchodziły nie tylko drobne elementy takie jak pojemniki na mydło czy pojemniki na pojedyncze ręczniki papierowe, ale także np. centrale i monitory czynności życiowych, wózki transportowe do przewozu chorych czy elektro-hydrauliczny stół operacyjny, przeznaczony do wykonywania zabiegów i operacji w zakresie chirurgii ogólnej tj. dostawy, których nie sposób uznać za niezbędne do wykonania robót budowlanych. Nie wymaga szerszego wyjaśnienia, iż tego rodzaju wyposażenie nie może być kwalifikowane jako wykonywanie robót budowlanych objętych przedmiotowym warunkiem, a wartość z pewnością przekracza kwotę 27 543,48 zł. tj. „nadwyżki” nad minimalną wartość określoną w warunku. O istotności tego elementu świadczy również fakt, iż przedmiotowe zamówienia (roboty budowlane plus wyposażenie szpitala) były wykonywane w ramach Konsorcjum z firmą FORMED Sp. z o.o., która jest producentem sprzętu medycznego o czym Konsorcjum Wodpol nie wspomniało zarówno w treści JEDZ jak i w złożonym wykazie. Co więcej ukryło pełną nazwę referencyjnego zamówienia w treści składanego wykazu, cytując wiernie nazwę zamówienia odnoszącą się do wykonywania robót budowlanych i pomijając wyrażenie: „wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń.”

Wątpliwości budzi również podana, jako zakończenie wykonywania robót budowlanych, data 7 października 2014 roku, która to data była zakończeniem wykonywania całego zamówienia obejmującego również dostawę wyposażenia. Skoro zatem z przyczyn technologicznych dostawa wyposażenia musiała nastąpić po wykonaniu robót to roboty te musiały zakończyć się wcześniej. Z uwagi na fakt, iż termin 5 lat przed terminem składania ofert wypadał 7 sierpnia 2014 roku istnieje podejrzenie, iż faktycznie wykonanie robót nastąpiło przed tą datą, co uniemożliwiłoby skuteczne wykazywanie się tą robotą jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Co najmniej zaniechaniem ze strony zamawiającego było niezwyfikowanie tego rodzaju okoliczności w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał również, iż nie jest wiadomym które z elementów zamówienia i o jakiej wartości były wykonywane przez FORMED Sp. z o.o. a które przez Wodpol Sp. z o.o. W konsekwencji, nawet przy uznaniu, iż wartości wyposażenia wchodzi w zakres określony warunkiem, to przypisanie sobie całej wartości wykonania zamówienia, w sytuacji w której firma FORMED Sp. z o.o. nie startuje razem z Konsorcjum Wodpol w tym postępowaniu, również wprowadza w błąd zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie odwołującego, wykonawca nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale także świadomie, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, czego konsekwencją było uznanie wykazywanej roboty jako spełniającej warunek, a w konsekwencji wybór oferty złożonej przez ten podmiot jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Konsorcjum PRK 7 zwracało uwagę, że Konsorcjum Wodpol w treści swojej oferty zastosowało preferencyjną stawkę podatku VAT - 8 % dla branży budowlanej, instalacji ogrzewania i chłodu, zestawienie: wyposażenie technologia (w odpowiedniej części), instalacji wod-kan, wentylacji mechanicznej, instalacji elektrycznej i teletechnicznej. Zastosowanie tej stawki miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta odwołującego zawierała niższą kwotę ofertową netto niż oferta Konsorcjum Wodpol, a doliczając kwoty wynikające z odmiennie zastosowanych stawek VAT oferta odwołującego okazała się być ofertą droższą. Warte zauważenia, jego zdaniem, jest że spośród 9 złożonych przez wykonawców ofert tylko w ofercie Konsorcjum Wodpol zastosowano preferencyjną stawkę VAT.

Podstawą zastosowania tej stawki, wedle deklaracji złożonej wraz z ofertą był art. 41 ust. 2, ust. 12 oraz ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „ustawa o VAT”). Zdaniem odwołującego podstawą sporu jest ocena czy budynek będący przedmiotem zamówienia kwalifikuje się jako obiekt sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Przywoływał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 stycznia 2011 r. (sygn. akt I FSK 248/10) w którym stwierdzono, że kategoria obiektów, do której ustawodawca ograniczył możliwość zastosowania preferencyjnej stawki VAT charakteryzuje się właśnie tym że, nawet jeśli koniecznym elementem dodatkowym jest obsługa lekarska i pielęgniarska, podstawowym celem, któremu mają służyć wymienione w niej budynki jest świadczenie usług zakwaterowania, a więc zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych. Wyróżnika tego nie można pomijać przy ustalaniu stawki podatkowej, zwłaszcza że ustawodawca przyjął w art. 41 ust 12a ustawy o VAT, że „budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych” mieszczą się pod pojęciem "budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym", co w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego również wskazuje na to, że podstawowa spełniana przez te budynki funkcja ma być funkcją mieszkaniową. Tymczasem załączone przez Konsorcjum Wodpol, na wezwanie zamawiającego, opinie dotyczące prawidłowości zastosowania stawki VAT koncentrują się na zapewnieniu przez budynek czy też szerzej przez zamawiającego usług zakwaterowania bez szerszego dowodzenia czy zakwaterowanie jest podstawowym celem funkcjonowania budynku. Tymczasem z informacji wynika, iż misją zamawiającego jest profesjonalna opieka długoterminowa. Zamawiający udziela świadczeń zdrowotnych obejmujących swoim zakresem leczenie, pielęgnację i rehabilitację dorosłych osób przewlekle chorych niewymagających hospitalizacji, które wymagają całodobowej, profesjonalnej pielęgnacji, rehabilitacji oraz kontynuacji leczenia. Zgodnie z rozporządzeniem z dnia 22 listopada 2013 r.



w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu świadczeń pielęgnacyjnych i opiekuńczych w ramach opieki długoterminowej: „§ 4 ust. 2: Świadczenia gwarantowane obejmują: (i) świadczenia udzielane przez lekarza; (ii) świadczenia udzielane przez pielęgniarkę; (iii) rehabilitację ogólną w podstawowym zakresie, prowadzoną w celu zmniejszenia skutków upośledzenia ruchowego oraz usprawnienia ruchowego; (iv) świadczenia psychologa; (v) terapię zajęciową; (vi) leczenie farmakologiczne; (vii) leczenie dietetyczne; (viii) zaopatrzenie w wyroby medyczne, w tym określone w załączniku nr 1 do rozporządzenia stosowane przy udzielaniu świadczeń gwarantowanych w zakładzie opiekuńczym; (ix) edukację zdrowotną polegającą na przygotowaniu świadczeniobiorcy i jego rodziny lub opiekuna do samoopieki i samopielęgnacji w warunkach domowych; ust. 3 W zakresie koniecznym do wykonania świadczeń gwarantowanych świadczeniodawca zapewnia świadczeniobiorcy nieodpłatnie: (i) badania diagnostyczne; (ii) leki.”

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z dokumentacją projektową: „W projektowanym budynku możemy wydzielić następujące części funkcjonalne: powierzchnie wspólne z przestronnym holem wejściowym oraz szatniami i zapleczem technicznym, blok administracyjny (pokoje biurowe z sekretariatem i salą narad), oddział łóżkowy zakładu opiekuńczego z centralnie położonymi punktami pielęgniarskimi, pokojami łóżkowymi 1 lub 2-osobowymi (każdy z indywidualną łazienką przystosowaną dla potrzeb osób niepełnosprawnych), salami dziennymi, salą rehabilitacji oraz salą terapii zajęciowej, pokojem logopedy i psychologa. Całość posiada niezbędne zaplecze logistyczne, socjalne i magazynowe”. W konsekwencji uznać należy, iż podstawowym celem działalności takiego budynku (zespołu budynków, którego przedmiotowy budynek jest funkcjonalną częścią) nie jest zakwaterowanie a leczenie, pielęgnacja i rehabilitacja dorosłych osób przewlekle chorych. Funkcja zakwaterowania będzie tutaj miała charakter wtórny, wynikający z podstawowego celu działalności placówki. Ponadto zauważyć należy, iż funkcja jaką ma pełnić budynek będący przedmiotem zamówienia została wskazana już w samym tytule zamówienia: „Wykonanie w systemie wybuduj zadania pn.: Budowa Pawilonu medycznego w Zakładzie Opiekuńczo - Lecznicy przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby lecznicze Zakładu. Tym samym zastosowanie preferencyjnej stawki 8 % pozbawione było podstawy prawnej, a w konsekwencji oferta wykonawca winna zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zakresie w jakim podnosił, że Konsorcjum Wodpol nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI punkt 1.2.3.2.1 oraz 1.2.3.2.3 SIWZ wskazał, że wykonawca w treści wykazu nie podał konkretnych dat dziennych odnoszących się do poszczególnych projektów inwestycyjnych pełnienia funkcji przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót/budowy, co nie pozwala z pewnością uznać, iż spełniono warunek 5-letniego doświadczenia

(liczonego jako pełne 60 miesięcy). Odwołujący zwracał również uwagę, iż doświadczenie dla kierownika w zakresie instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej częściowo pokrywa się dla dwóch różnych wykazywanych projektów. Ponadto, zgodnie z warunkiem udziału określonym w Rozdziale VI punkt 1.2.3.2.3 SIWZ wykonawca miał się wykazać osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy w specjalności w zakresie instalacji elektrycznej i elektroenergetycznych. Użyty spójnik „i” wyraźnie wskazywał, iż doświadczenie winno dotyczyć zarówno instalacji elektrycznej jak i elektroenergetycznej. Z treści załączonego wykazu nie wynika, iż osoba wykazywana celem spełnienia przedmiotowego warunku posiada doświadczenie w zakresie instalacji elektroenergetycznych.

Ponadto podnosił, że w treści oferty Konsorcjum Wodpol znajdują się błędy w załączonych kosztorysach, co z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia uniemożliwia ich poprawienie. I tak w kosztorysie 5.1. Branża sanitarna - wentylacja brak jest kosztorysu szczegółowego/ niewycenione elementy w pozycjach 19 i 20. Odnośnie kosztorysu 5.2. Branża sanitarna – wentylacja, wykonawca sporządził niepełny kosztorys szczegółowy (brak składników R i S - wycena 0) w pozycjach 21;22; 23;24; 27; 28; 29. W kosztorysie 4.1. Branża Drogowa zwracał uwagę, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 46 z 22 lipca 2019 r. o treści „Pytanie 442 z dnia 15 lipca 2019 r. prosimy o potwierdzenie, że w przypadku robót drogowych dla wszystkich pozycji można zastosować wycenę indywidualną, analogię do KNR jak również pozycje uproszczone dla których podstawą jest wskazana przez zamawiającego Specyfikacja Techniczna” zamawiający odpowiedział: „Do kosztorysu ofertowego budowlanego należy utworzyć dział branża drogowa i dokonać wyceny stosując analizy indywidualne lub analogię do KNR zachowując zakres robót oraz ilości i kolejność”. W kosztorysie Konsorcjum Wodpol w podstawie wyceny jest numer Specyfikacji Technicznej a nie analiza indywidualna lub analogia do KNR. Tym samym jest to niezgodne z treścią ww. odpowiedzi i powoduje niezgodność z treścią SIWZ. W kosztorysie 4.4. Branża Drogowa, poz.22 D.08.01.01 i 23. D.09.01.01 Konsorcjum Wodpol dokonało zmiany opisu robót w stosunku do opisanych przedmiarów, czego nie wolno było uczynić. Tym samym wykonawca zaoferował odmienny niż przewidziany w dokumentacji projektowej zakres robót. Istnieje możliwość, iż przy poprawnym opisie zaoferowana cena uległa by zmianie.

2. wykonawcę **Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 1847/19 (dalej „odwołujący” lub „Moris Polska”). Odwołujący podniósł niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wodpol, odrzucenia oferty Moris Polska oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum Wodpol, Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A., z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ.

Składając odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy treść jego oferty była zgodna z treścią SIWZ, w tym uwzględniała konieczność podania wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, której treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezgodności z SIWZ kosztorysów ofertowych dotyczących wentylacji mechanicznej oraz instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz z uwagi na brak wyceny części pozycji w kosztorysie dotyczącym wentylacji mechanicznej, co również stanowi błąd w obliczeniu ceny;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRK 7, której treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezgodności z SIWZ kosztorysu ofertowego dotyczącego instalacji elektrycznych i teletechnicznych, co również stanowi błąd w obliczeniu ceny,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Wodpol, wykonawcy Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A. z powodu niezgodności ofert z treścią SIWZ polegającej na niepodaniu wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego co również stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący, wskazując powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, odrzucenia Konsorcjum PRK 7, odrzucenia ofert wykonawców: Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając powyższe odwołujący podnosił, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jak również, co istotne, oferty trzech innych wykonawców z uwagi na fakt, że w kosztorysie budowlanym w poz. 1 została uwzględniona kwota, podczas gdy zdaniem zamawiającego zgodnie z odpowiedzią nr 146 z dnia 12 lipca 2019 r. i nr 3 z dnia 22 lipca 2019 r. cena w tej pozycji powinna wynosić „0”. Powyższe pytania i odpowiedzi dotyczyły rozbiórki dwóch budynków a zakres tych prac został wyłączony z postępowania. Zwracał uwagę, że w ramach zamówienia należy jednak wykonać również rozbiórkę sieci i instalacji kolidujących z budową - co zamawiający potwierdził odpowiadając na pytanie nr 45 z dnia

12 lipca 2019 r. Zamawiający dokonał rozbiórki obiektów kubaturowych - których dotyczyły odpowiedzi nr 146 i 3 - we własnym zakresie, stąd zostały one wyłączone z zakresu zamówienia, natomiast pozostały do wykonania roboty związane z rozbiórką infrastruktury podziemnej, kolidującej z budową, w tym instalacji wodnokanalizacyjnej. Potwierdził to zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 45 z dnia 12 lipca 2019 r. wskazując, że: „Nie przewiduje się odrębnej dokumentacji na likwidację wodociągu i kanalizacji. Sieci te należy likwidować w ramach postępu robót budowlanych.”. Należy przy tym wskazać, że w przypadku likwidacji wodociągu i kanalizacji - w przedmiarach branży sanitarnej nie dedykowano pozycji, w oparciu o którą należało te roboty przeprowadzić. Jediną pozycją, do której można było zakwalifikować te roboty, była poz. 1 kosztorysu budowlanego tj. „Rozbiórka obiektów kolidujących z inwestycją oraz oczyszczenie terenu zgodnie z dokumentacją projektową wraz z wywozem i utylizacją materiałów z rozbiórki”. W rezultacie odwołujący miał uzasadnione postawy do przyjęcia, że wycena prac związanych z likwidacją wodociągu i kanalizacji (rozbiórką instalacji wodnokanalizacyjnej), kolidujących z budową powinna zostać dokonana w poz. 1 kosztorysu budowlanego.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol podnosił, że wykonawca ten złożył wraz z ofertą kosztorysy ofertowe, dotyczące wentylacji mechanicznej oraz instalacji elektrycznych i teletechnicznych sporządzone z naruszeniem wymogów SIWZ, co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem niezgodności w ofercie nie podlegają usunięciu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto Konsorcjum Wodpol złożyło ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny związany z brakiem wyceny części pozycji w kosztorysie ofertowym „wentylacja mechaniczna”. Odwołujący wskazywał na następujące niezgodności w kosztorysie złożonym przez Konsorcjum Wodpol:

- 1) Niezgodności z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny w kosztorysie „wentylacja mechaniczna” - brak wyceny pozycji 19 i 20. Zamawiający w przedmiarze „wentylacja mechaniczna” przewidział obowiązek wyceny poz. 19 i 20 - dotyczących przepustnic wentylacyjnych. Konsorcjum Wodpol wprowadziło zmiany w stosunku do przedmiaru - nie przedstawiło cen jednostkowych dla wyżej wymienionych pozycji - wpisując w każdej rubryce wartości 0,000. W rezultacie, w ocenie odwołującego, należy uznać, że wykonawca dokonał samowolnych pominięć - w odniesieniu do wyceny pozycji nr 19 i nr 20 zawartych w przedmiarach robót, skutkujących niezgodnością oferty z SIWZ. Odwołujący zwracał uwagę, że przepustnice są istotną składową całego systemu wentylacji, ponieważ służą do precyzyjnej regulacji przepływu powietrza. Brak wyceny przepustnic wskazuje, że oferent nie dostarczy ich zamawiającemu, co w efekcie uniemożliwi poprawne działanie systemu wentylacji. Ponadto w przypadku zmiany ilości przepustnic nie będzie można prawidłowo rozliczyć wykonanego zakresu robót. Zgodnie

z wymaganiami zamawiającego powinna zostać wyceniona każda pozycja kosztorysu. Akceptowanie pomijania wyceny niektórych pozycji jest niedopuszczalne, bowiem prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert. Należy wskazać, że pominięcie wyceny pozycji nr 19 i 20 w kosztorysie wentylacja mechaniczna jest niedopuszczalnym działaniem w przypadku rozliczenia kosztorysowego, gdyż całkowicie uniemożliwia późniejsze szczegółowe rozliczenie danych zakresów robót w przypadku, kiedy ich ilość ulegnie zmianie lub nie zostaną wykonane. Zamawiający wymagał przedstawienia kosztorysu z uwzględnieniem ilości i podania kosztów. Kosztorys ofertowy tego wykonawcy nie zawiera ilości i kosztów, sporządzony został odmiennie od wytycznych określonych w przedmiarze robót. Powyższe zmiany powodują, że kosztorys ofertowy Konsorcjum Wodpol nie jest tożsamy z przedmiarami robót, wbrew wymogowi Rozdziału 13 pkt 3 SIWZ. Zamawiający w dniu 12 lipca 2019 r. (sygn. ZP/23-4/2019) udostępnił wykonawcom wyjaśnienia treści SIWZ i przedłużenia terminu składania ofert w pytaniu 169. Zamawiający nie dopuścił stosowania pozycji uproszczonych w kosztorysie. Zgodnie z Rozdziałem 13 SIWZ oraz odpowiedzią na pytanie nr 169, jasne było dla oferentów, iż zamawiający nie dopuszcza samowolnego korygowania podstaw wyceny, opisów oraz ilości i jednostek zawartych w przedmiarach robót. Wymóg ten został sformułowany w sposób stanowczy i jednoznaczny, bezwzględny i niedopuszczający żadnych odstępstw lub wyjątków, obligatoryjny dla każdego z wykonawców. Odwołujący podkreślał, iż zamawiający zobowiązał wszystkich wykonawców do spełnienia tego wymogu, co w sposób jednoznaczny wskazuje, że ma on z punktu widzenia zamawiającego istotne znaczenie. Ponadto niezgodności te powodują, że nie będzie można porównywać tej oferty z ofertami innych wykonawców, przygotowanych zgodnie z wymogami zamawiającego. Nadto czynią niemożliwe zbadanie rzetelności przygotowania oferty tego wykonawcy, w tym czy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający jako formę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przyjmuje wynagrodzenie kosztorysowe (Rozdział 13 pkt 15 SIWZ). Wobec tego powyższe nieprawidłowości są istotne również z tej przyczyny, iż wpływają na zasady rozliczenia wykonawcy, a nawet zakres robót, w sposób niedopuszczalny modyfikując je w stosunku do wymogów SIWZ. W konsekwencji oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty Konsorcjum Wodpol z SIWZ ma taki charakter, że zamawiający nie może wprowadzić poprawki do oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy więc stwierdzić, że opisane wyżej niezgodność treści oferty z SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny. Ponadto, brak wyceny pozycji 19 i 20 kosztorysu „wentylacja mechaniczna” oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, a zatem podlega odrzuceniu

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym miejscu odwołujący przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2475/17) w którym, w analogicznym stanie faktycznym, Izba uznała, że wpisanie 0 zł. w pozycji, którą zgodnie z SIWZ należało wycenić, stanowi błąd w obliczeniu ceny.

- 2) niezgodności z treścią SIWZ, skutkujące błędem w obliczeniu ceny, w kosztorysie „instalacje elektryczne i teletechniczne” z tego powodu, że wykonawca w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ uprościł pozycje kosztorysowe, nie podając w wymienionych poniżej pozycjach czynników cenotwórczych (składowych) tj. „R” (robocizna), „M” (materiały), „S” (sprzęt) – dalej „R,M,S”). Dotyczy to pozycji: 160 (Dokumentacja powykonawcza) - brak składowych R,M,S, 190 (Pomiary, uruchomienie i konfiguracja systemu) - brak składowych R,M,S, 191 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 210 (Pomiary, uruchomienie i konfiguracja system) - brak składowych R,M,S, 211(Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 230 (Pomiary, uruchomienie i konfiguracja systemu) - brak składowych R,M,S, 231 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 240 (Uruchomienie instalacji domofonowej) - brak składowych R,M,S, 241 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 263 (Uruchomienie systemu przyzywowego) - brak składowych R,M,S, 264 (Integracja systemu przyzywowego z centralą VOIP po protokole SIP- brak składowych R,M,S, 265 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 285 (Pomiary, konfiguracja i uruchomienie instalacji telewizyjnej) - brak składowych R,M,S, 286 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 303 (Testowaniem, pomiary, rozruch technologiczny systemu KD) - brak składowych R,M,S, 304 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 305 (Wprowadzenie instalacji teletechnicznej do budynku - rura sztywna fi 90 + studzienka teletechniczna) - brak składowych R,M,S, 327 (Konfiguracja i uruchomienie systemu) - brak składowych R,M,S, 328 (Materiały pomocnicze/dodatkowe) - brak składowych R,M,S, 329 (System badania parametrów środowiskowych serwerowni wraz z okablowaniem - dostawa, montaż i uruchomienie) - brak składowych R,M,S, 330 (Dokumentacja powykonawcza) - brak składowych R,M,S. Odwołujący przywoływał treść odpowiedzi nr 169, jakiej zamawiający udzielił pismem z 12 lipca 2019 r. Zgodnie z nią nie dopuścił możliwości stosowania pozycji uproszczonych w kosztorysie, a tym samym oczekiwał wykazania również w kalkulacjach własnych składowych R,M,S. We wszystkich z ww. pozycji występuje robocizna (R) a w kilku dodatkowo materiały (M) i sprzęt (S). Przedstawienie w kosztorysie ofertowym wymienionych pozycji jako uproszczone, przez wskazanie tylko ich cen jednostkowych i wartości uniemożliwia późniejsze dokonanie szczegółowego rozliczenia robót przez zamawiającego w przypadku jakichkolwiek zmian w zastosowanych elementach R,M,S przedmiotowych pozycji. Ma to szczególne znaczenie w tym

postępowaniu ponieważ zamawiający jako formę rozliczenia wybrał kosztorys powykonawczy. Natomiast kosztorys ofertowy Konsorcjum Wodpol nie zawiera wykazania niezbędnych do ich wykonania ilości R,M,S. Brak ten skutkuje niezgodnością przedłożonej oferty z wymogami SIWZ. Przykładowo odwołujący wskazał na brak podania składników R,M,S w poz. 305 kosztorysu „instalacje teletechniczne i elektryczne” Konsorcjum Wodpol. We wskazanej pozycji występują wszystkie składowe R,M (rura sztywna fi 90, studzienka teletechniczna, piasek na podsypkę pod rurę i materiały pomocnicze), S (koparka). W przypadku, kiedy na etapie realizacji, zamawiający dokona jakichkolwiek zmian projektowych determinujących zmiany materiałów np. zmiana średnicy rury czy rodzaju studzienki, nie będzie mógł precyzyjnie rozliczyć tego zakresu robót. W rezultacie, wobec podania wyłącznie cen jednostkowych we wskazanych pozycjach - niemożliwe stanie się szczegółowe rozliczenie robót w przypadku zmian składowych R,M,S przedmiotowych pozycji na etapie realizacji zamówienia - w sytuacji gdy zamawiający przewidział rozliczenie na zasadach wynagrodzenia kosztorysowego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że w przypadku przyjęcia wymogu sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową - w każdej pozycji kosztorysu powinien zostać podany koszt materiałów, robocizny i sprzętu. W tym miejscu odwołujący wskazywał na orzeczenia KIO: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2017 r., sygn. alt KIO 1998/17; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2753/15). W rezultacie - z uwagi na brak podania składników R,M,S we wskazanych pozycjach kosztorysu - oferta podlega odrzuceniu, bowiem kosztorys ofertowy w zakresie wskazanych pozycji nie został sporządzony metodą szczegółową, ale uproszczoną. Tymczasem w odpowiedzi na pytanie nr 169 z dnia 12 lipca 2019 r. zamawiający nie dopuścił stosowania pozycji uproszczonych w kosztorysie. Zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII pkt 4 SIWZ kalkulacja poza składnikami kalkulacyjnymi R (robocizna), M (materiały), S (sprzęt), Kp (koszty pośrednie), Kz (koszty zakupu) i Z (zysk) powinna uwzględniać właściwe nakłady rzeczowe wg stosowanych publikowanych nakładów rzeczowych, a w razie ich braku wg udokumentowanych kalkulacji indywidualnych. Należy wskazać, że wymóg w Rozdziale XIII pkt 4) SIWZ został sformułowany w sposób stanowczy i jednoznaczny, bezwzględny i niedopuszczający żadnych odstępstw lub wyjątków. Obowiązuje każdego z wykonawców. Ponieważ zamawiający zobowiązał wszystkich wykonawców do spełnienia tego wymogu, to w sposób jednoznaczny wskazuje, że ma on z punktu widzenia zamawiającego istotne znaczenie. Ponadto niezgodność ta powoduje, że nie będzie można porównywać oferty tego wykonawcy z ofertami innych wykonawców, przygotowanych zgodnie z wymogami zamawiającego. Nadto czynią niemożliwe zbadanie rzetelności przygotowania oferty tego wykonawcy, w tym czy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Zamawiający jako formę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przyjmuje wynagrodzenie kosztorysowe (Rozdział 13 pkt 15 SIWZ). Wobec tego powyższe nieprawidłowości są istotne również z tej przyczyny, iż wpływają na zasady rozliczenia wykonawcy, w sposób niedopuszczalny modyfikując je w stosunku do wymogów SIWZ. Niezgodności treści oferty ww. wykonawcy z SIWZ mają taki charakter, że zamawiający nie może wprowadzić poprawki do oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy więc stwierdzić, że opisane wyżej niezgodności treści oferty z SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny. Niezgodności te mają także charakter błędu w obliczeniu ceny oferty, związanego z nieprawidłowymi podstawami do wyceny ofert.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRK 7 z powodu niezgodności z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny w kosztorysie „instalacje elektryczne i teletechniczne” - niedopuszczalne zastosowanie pozycji uproszczonych (niepodanie składowych R,M,S) w części pozycji kosztorysu. Podnosił, że oferta Konsorcjum PRK 7 została odrzucona przez zamawiającego z uwagi na stwierdzone nieprawidłowości w kosztorysie budowlanym, które są analogiczne jak w przypadku podstaw odrzucenia oferty odwołującego i jak zostało wskazane w odwołaniu - nie zachodzi w tym przypadku niezgodność z treścią SIWZ. Natomiast oferta Konsorcjum PRK 7 powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca ten złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy dotyczący instalacji elektrycznych i teletechnicznych sporządzony z naruszeniem wymagań SIWZ.

W kosztorysie „Instalacje teletechniczne i elektryczne”, wykonawca błędnie i niedopuszczalnie uprościł pozycje kosztorysowe, nie podając w wymienionych poniżej pozycjach czynników cenotwórczych (składowych) tj. R,M,S: 160 (Dokumentacja powykonawcza), 190 (Pomiary, uruchomienie i konfiguracja systemu), 191 (Materiały pomocnicze/dodatkowe), 210 (Pomiary, uruchomienie i konfiguracja system), 211 (Materiały pomocnicze/dodatkowe), 231 (Materiały pomocnicze/dodatkowe), 240 (Uruchomienie instalacji domofonowej), 241 (Materiały pomocnicze/dodatkowe), 263 (Uruchomienie systemu przyzywowego), 264 (Integracja systemu przyzywowego z centralą VOIP po protokole SIP, 265 (Materiały pomocnicze/ dodatkowe), 285 (Pomiary, konfiguracja i uruchomienie instalacji telewizyjnej), 286 (Materiały pomocnicze/ dodatkowe), 303 (Testowaniem, pomiary, rozruch technologiczny systemu KD), 304 (Materiały pomocnicze/ dodatkowe), 305 (Wprowadzenie instalacji teletechnicznej do budynku - rura sztywna fi 90 + studzienka teletechniczna), 327 (Konfiguracja i uruchomienie systemu), 328 (Materiały pomocnicze/ dodatkowe) , 329 (System badania parametrów środowiskowych serwerowni wraz z okablowaniem - dostawa, montaż i uruchomienie), 330 (Dokumentacja powykonawcza).



Z uwagi na analogię zarzutów dotyczących kosztorysu „instalacje elektryczne i teletechniczne” w przypadku Konsorcjum Wodpol oraz Konsorcjum PRK 7 odwołujący zaniechał pełnego przywoływania uzasadnienia zarzutu związanego z niedopuszczalnym zastosowaniem pozycji uproszczonych (niepodaniem składowych R,M,S). Reasumując stwierdził, że kosztorys „instalacje elektryczne i teletechniczne” Konsorcjum PRK 7 jest niezgodny z wymaganiami SIWZ a w konsekwencji, skoro kosztorys „instalacje elektryczne i teletechniczne” przedstawiony przez Konsorcjum PRK 7 nie odpowiada treści SIWZ tj. wymogom opisanym w Rozdziale 13 SIWZ, oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na błędy w przedmiotowym kosztorysie. Podniósł także, że w tym przypadku niezgodności treści oferty ww. wykonawcy z SIWZ mają taki charakter, że zamawiający nie może wprowadzić poprawki do oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy więc stwierdzić, że opisane wyżej niezgodności treści oferty z SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Wodpol, wykonawcy Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A. z powodu niezgodności ofert z treścią SIWZ polegającej na niepodaniu wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego, co również stanowi błąd w obliczeniu ceny podnosił, że w konsekwencji stwierdzenia, że w poz. 1 kosztorysu budowlanego należało podać wartość prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową - który to zakres prac był niezbędny do wykonania zgodnie z odpowiedzią nr 45 z dnia 12 lipca 2019 r. - należy uznać, że oferty wykonawców, którzy w poz. 1 kosztorysu budowlanego wpisali w tej pozycji 0,00 zł. podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 20 września 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1844/ 19 oraz KIO 1847/19, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 23 września 2019 r. następujący wykonawcy zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zgłaszając przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1844/19, KIO 1847/19;
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ISB Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1847/19.

Na posiedzeniu w dniu 1 października 2019 r. zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył, w formie pisemnej, odpowiedź na odwołanie w połączonych sprawach KIO 1844/19, 1847/19, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako bezzasadnych.

Prezentując swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum PRK 7 (sygn. akt KIO 1844/19) wskazał:

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na błędne wypełnienie poz. 1 kosztorysu budowlanego zwrócił uwagę, że poza sporem jest to, że brak było podstawy do wypełnienia poz. 1 kosztorysu ofertowego dla branży budowlanej i drogowej, skoro bowiem odwołujący domaga się poprawienia jego oferty znaczy to, że potwierdza, iż złożony przez niego kosztorys nie jest zgodny z postanowieniami SIWZ. W konsekwencji elementem spornym jest jedynie możliwość dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego nie ma możliwości dokonania poprawy powyższego błędu, ani w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ani art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Warto zresztą zauważyć, że sam odwołujący nie jest w stanie wskazać konkretnej podstawy prawnej swego żądania. W szczególności w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), o czym świadczy choćby stanowisko Konsorcjum PRK 7, które nawet nie podnosi tej podstawy prawnej. Nie zachodzi również w niniejszej sprawie, w ocenie zamawiającego, także oczywista omyłka rachunkowa (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), albowiem błąd ten nie polega na błędnych operacjach matematycznych, skutkujących otrzymaniem błędnego wyniku, a tym samym nie jest błędem rachunkowym. Tym samym błąd też oceniać można jedynie w kontekście tzw. omyłki nieistotnej (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W ocenie zamawiającego pomyłce tej w szczególności brak jest cechy nieistotności. Przeciwno uznaniu tejże omyłki za nieistotną przemawia co najmniej kilka argumentów. Po pierwsze, nie można stwierdzić, że owa omyłka dotyczy nieistotnego przedmiotowo zakresu prac. Jest wręcz przeciwnie. Dotyczy takiego zakresu pracy, który gdyby występował, miałby istotne znaczenie dla możliwości wykonania zamówienia. Tym samym, jeżeli wykonawca mylnie sądził, że te prace są wykonywane, błędnie ocenił rozmiar zadania. Po drugie, omyłka ta ma przełożenie na najistotniejszy element oceny ofert tj. na cenę. Już z tej przyczyny, skoro cena wpływa na wybór oferty najkorzystniejszej i to w 60%, to nie można twierdzić, że jest to element nieistotny. Po trzecie, wartość owej omyłki jest znaczna, bo w jej wyniku cena oferty została zwiększona o 68 687,64 zł., co wcale nie jest kwotą niską. Choć może w procentach kwota ta nie wygląda na znaczną, to jednak mniejsze różnice w cenie decydują o zmianach w rankingu ofert. Warto zresztą zauważyć, że w niniejszym postępowaniu różnice w poszczególnych cenach bywają na bardzo niskim poziomie (niekiedy na poziomie nawet 0,3% jak w przypadku ofert Strabag i Erbud). Tym samym fakt, że dokonanie tej poprawki w tym konkretnym postępowaniu nie wpłynęłoby na ranking ofert nie przesądza o braku istotności tejże pomyłki. Wreszcie

ewentualna łatwość dokonania poprawki (odjęcie ww. kwoty z ceny) także nie ma znaczenia dla charakteru istotności pomyłki. Mając na uwadze brak podstaw do poprawienia oferty odwołującego, odrzucenie jego oferty było uzasadnione.

Co do zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd zamawiającego, brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu) zamawiający podnosił, że odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol z tego powodu, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd, a ponadto nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego w rzeczywistości wskazane przez niego w poz. 1 wykazu robót budowlanych, roboty budowlane nie przekraczały wartości określonej w treści warunku. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim zamawiający w żaden sposób nie czuje się wprowadzony w błąd, albowiem Konsorcjum Wodpol na tyle jednoznacznie określiło przedmiot zrealizowanej inwestycji, inwestora jak i nazwę, że bez szczególnych trudności można było zweryfikować to zadanie. Co więcej, w związku z tym, że inwestycja ta realizowana była w trybie przepisów ustawy Pzp bez trudu można w internecie odnaleźć SIWZ dla tegoż zamówienia, wraz z opisem przedmiotu zamówienia, w tym wymienionymi elementami wyposażenia. Co więcej, to że elementem przedmiotu zamówienia dla inwestycji z poz. 1 wykazu robót były także dostawy wyposażenia wynika wprost ze złożonego przez Konsorcjum Wodpol poświadczenia, wydanego przez Inwestora. Także z tego powodu twierdzenie o rzekomym wprowadzeniu zamawiającego w błąd jest wysoce nieuprawnione. Przede wszystkim jednak, co zdaniem zamawiającego jest kluczowe dla sprawy, brak jest podstaw do tego, aby w sposób oczekiwany przez odwołującego sztucznie wyodrębnić z wykazanej inwestycji elementy dostaw. Przeczy temu szereg argumentów. Po pierwsze, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Inwestora tj. Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej Curie Oddział w Krakowie prowadzone było w trybie właściwym dla robót budowlanych. Po drugie, umowa zawierana z wykonawcą była umową o roboty budowlane. Po trzecie, z charakteru tej inwestycji wynika, że była to tzw. inwestycją pod klucz. Po czwarte, wynagrodzenie dla wykonawcy, miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, za wykonanie całości zamówienia (w tym także dostaw elementów wyposażenia). Po piąte, Inwestor traktował inwestycję jako całość dokonując jej jednego kompleksowego odbioru (co wynika z treści umowy). Trudno zatem teraz sztucznie wyodrębnić z niej poszczególne elementy, jak zdaje się tego oczekiwać odwołujący. Po szóste, treść warunku dotyczącego doświadczenia w żaden sposób nie nakazywała przy tego rodzaju inwestycjach jak wskazana w poz. 1 wykazu robót (czyli inwestycji budowlanych „pod klucz”) wyłączenia wartości dostawy wyposażenia. Wreszcie, po siódme, warto zwrócić uwagę na to, że także w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia jedynie z wykonywaniem robót budowlanych w swej czystej postaci, albowiem także niniejsze zamówienie obejmuje dostawy elementów wyposażenia. Tym bardziej nie ma

podstawy do tego, aby inaczej traktować inne podobne inwestycje, albowiem postawiony przez zamawiającego warunek nie odnosi się do częściowej zdolności realizacyjnej wykonawców, a całościowej, obejmującej cały przedmiot niniejszego zamówienia. Niezasadne jest także twierdzenie o wątpliwościach dotyczących terminu wykonania inwestycji. Skoro, jak wyżej wskazano była to jedna inwestycja, podlegająca jednemu odbiorowi; to nie wiadomo na jakich zasadach miałyby być ustalany odmienny termin wykonania tejże inwestycji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny wskutek przyjęcia nieprawidłowej stawki podatku VAT wskazywał, że Konsorcjum Wodpol w toku postępowania złożyło trzy opinie podatkowe (w aktach sprawy) sporządzone przez osoby profesjonalnie zajmujące się wykonywaniem czynności doradztwa podatkowego. Wszystkie trzy opinie zgodnie stwierdzają, że preferencyjna stawka podatku od towarów i usług w wysokości 8% może być zastosowana dla części urządzeń, sprzętu i wyposażenia technicznego, umiejscowionych w bryle budynku, wraz z wybudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi przy założeniu, że wybudowany budynek zostanie przeznaczony na opiekę całodobową o charakterze długoterminowym oraz będzie sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 (budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych). W ocenie zamawiającego posiadany przez niego budynek mieści się we wskazanej klasyfikacji a zatem zasadne jest zastosowanie do ww. części zamówienia stawki VAT w wysokości 8%. Zamawiający podkreślał również, że opinie podatkowe wydane przez organy podatkowe w podobnych stanach faktycznych sankcjonują takie rozumienie przepisów ustawy o VAT i możliwość stosowania ww. preferencyjnej stawki. Zdaniem zamawiającego, wskazuje to na ugruntowaną linię interpretacyjną organów w takich stanach faktycznych. Brak obniżenia zastosowania stawki VAT przez pozostałych wykonawców nie jest w ocenie zamawiającego żadnym przekonującym argumentem. Brak rozpoznania możliwości obniżenia zobowiązań publiczno-prawnych i zasięgnięcia w tym przedmiocie opinii profesjonalnych podmiotów działających w obszarze doradztwa podatkowego, jest wyborem ww. wykonawców, na które zamawiający nie miał i nie ma żadnego wpływu. Już tylko na marginesie należy wskazać, że zgodnie z zasadami funkcjonowania podatku VAT to na sprzedawcy usług i towarów tj. wykonawcy ciąży obowiązek naliczenia i odprowadzenia należnego podatku od towarów i usług. Zatem ewentualne ryzyko zmiany stawki VAT przez organy skarbowe przy ewentualnym postępowaniu podatkowym jest ryzykiem leżącym wyłącznie po stronie Konsorcjum Wodpol, za które ten ostatni poniesie odpowiedzialność finansową rozumianą tu jako obowiązek uiszczenia z otrzymanego od zamawiającego wynagrodzenia dodatkowego zobowiązania z tytułu VAT (w wysokości 23% a nie wskazanych 8%). Jednakże należy z całą mocą podkreślić, że twierdzenia Konsorcjum Wodpol co do tej stawki nie są, wbrew temu co twierdzi

odwołujący, pozbawione podstaw prawnych na co wskazują opinie podatkowe i zacytowane w nich orzeczenia organów skarbowych.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie zarzutu niewykazania się spełnianiem warunku dot. dysponowaniem osobami zamawiający przywoływał postanowienia pkt 1.2.3.2.1 oraz 1.2.3.2.3 Rozdziału VI SIWZ, zgodnie z którymi wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien wykazać się dysponowaniem: „co najmniej jedną osobą posiadającą ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi (kierownik robót) w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, wpisaną do właściwej izby inżynierów budownictwa, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy w specjalności instalacji sanitarnej, (dalej „ wod-kan); co najmniej jedną osobą posiadającą ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi (kierownik robót) w specjalności zakresie sieci/ instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, wpisaną do właściwej izby inżynierów budownictwa, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy w specjalności w zakresie instalacji elektrycznej i elektroenergetycznych”. Odwołujący zarzucił, że w złożonym wykazie osób Konsorcjum Wodpol nie wskazał w tabeli dokładnych dat pełnienia obowiązków ww. kierowników robót, tym samym twierdząc, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony lub ewentualnie wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze i przede wszystkim należy zauważyć, że zamawiający nie wymagał podawania dat dziennych, a więc już z tego powodu zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Nie ma zatem podstaw do kwestionowania podanych przez Konsorcjum Wodpol dat i okresu doświadczenia. Zresztą nawet sam odwołujący poza gołosłownym zarzutem nie wskazuje, aby w oświadczeniu były podane nieprawdziwe dane. Wskazywanie jedynie swych wątpliwości w żaden sposób nie może być uznane za skuteczne udowodnienie zarzutu. Po drugie, nawet gdyby w skrajnym przypadku dla osób z poz. 1 i 3 wykazu robót ująć im (co oczywiście nie powinno mieć miejsca) całe miesiące rozpoczęcia i zakończenia danej inwestycji (czyli te kwestionowane przez brak daty dziennej, to i tak obie te osoby mają doświadczenie wynoszące co najmniej 60 miesięcy. Nie zmieni tego także odliczenie pokrywającego się w czasie doświadczenia dla osoby z poz. 3. Brak jest także podstawy do kwestionowania niezbędnego doświadczenia dla osoby z poz. 3 w zakresie kierowania robotami elektroenergetycznymi. Osoba wskazana na to stanowisko posiada odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia od 12 grudnia 2004 r., a stanowisko kierownika robót obejmuje zarówno sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Nie rozdziela się kierownika robót dla instalacji elektrycznych i osobno dla elektroenergetycznych. Nie wydaje się także odrębnych uprawnień dla sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i osobno dla

elektroenergetycznych. Tym samym brak jest podstawy do kwestionowania doświadczenia tejże osoby.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wyceny poz. 19 i 20 w kosztorysie ofertowym dla branży instalacyjnej - wentylacja mechaniczna zamawiający zwracał uwagę, że odwołujący podnosi, że oferta złożona przez Konsorcjum Wodpol powinna zostać z tego powodu odrzucona jako sprzeczna w swej treści z SIWZ oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający z takim stanowiskiem nie może się zgodzić. Przede wszystkim należy zauważyć, czemu zresztą nie przeczy także odwołujący, że w przypadku ww. pozycji, Konsorcjum Wodpol podał jako wartość tych pozycji cenę 0,00 zł. Nie można zatem przyjąć, że te pozycje zostały pominięte. Tak bowiem byłoby tylko wtedy, gdyby w miejscu przeznaczonym do wpisania wartości nie zostałyby wpisane żadne wartości (czyli to miejsce pozostałoby puste), względnie z kosztorysu usunięto by te dwie pozycje. Tak się w niniejszej sprawie nie stało. Tylko wówczas można mówić o braku wyceny tych pozycji. Tymczasem wpisanie wartości 0,00 zł jest wycenieniem tychże pozycji, tyle że na 0,00 zł. W konsekwencji Konsorcjum Wodpol ma obowiązek zrealizowania robót opisanych w tych dwóch kwestionowanych pozycjach, tyle że za wartość 0,00 zł. Zamawiający nie zabronił takiego kalkulowania pozycji (o ile oczywiście nie ma to na celu złożenia oferty z rażąco niską ceną, czy też nieuczciwej konkurencji). Warto także nadmienić, że odwołujący nie podniósł w odniesieniu do tych pozycji żadnych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu, ani też, że taka kalkulacja tych pozycji miała na celu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający stwierdził także, że w zakresie zarzutu nieprawidłowej wyceny poz. 21-24, 27-29 pozycji kosztorysu dla branży instalacyjnej zastosowanie znajduje także uzasadnienie powyższe. Także i w tym przypadku każdy wykonawca miał prawo podania stawek za R (robocizną) i S (sprzęt) w stawkach 0,00 zł. Stąd zarzut ten jest chybiony.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, wskutek nieprawidłowego kosztorysu dla branży drogowej poprzez odniesienie się do nr ST zamiast do wyceny własnej lub analogii do KNR. Brak jest podstawy do odrzucenia oferty z przyczyn podanych przez odwołującego, albowiem zamawiający 22 lipca 2019 r. dokonał zmiany kosztorysu dla branży drogowej udostępniając nowy w formacie xls. W tym zmodyfikowanym kosztorysie zamawiający podał tzw. numer ST, a nie podał podstawy wyceny. Zatem Konsorcjum Wodpol zastosowało się do treści tego nowego przedmiaru i w żaden sposób nie można mu z tego czynić zarzutu, że uzupełnił taki dokument jaki otrzymał. Warto także wskazać, że ta modyfikacja kosztorysu dla branży drogowej była późniejsza niż odpowiedź nr 46 z dnia 15 lipca 2019 r., a tym samym ma pierwszeństwo stosowania, zgodnie z oczywistą regułą kolizyjną *lex posterior derogat legi priori*.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol wskutek nieprawidłowego kosztorysu dla branży drogowej poprzez dokonanie niedozwolonej zmiany opisu poz. 22 i 24 (a nie 23 jak błędnie podaje odwołujący) również, w ocenie zamawiającego, jest nietrafny. Przede wszystkim, odnosząc się do poz. 22, o tym, że krawężniki będą posadowione na opornikach betonowych wskazuje tytuł tej części kosztorysu (krawężniki betonowe i oporniki betonowe), a tym samym opis poz. 22 w zakresie oporników betonowych stanowi tylko dodatkowe powtórzenie tej informacji (zresztą rodzaj opornika wynika z dokumentacji projektowej). Tym samym nieuprawnione jest twierdzenie, że wykonawca wycenił inny zakres prac niż wynikający z SIWZ, w tym dokumentacji. Natomiast różnica w poz. 24 polega jedynie na zmianie szyku zdania (w zakresie obsiania), a informacja z nawiasu jest bez znaczenia dla zakresu prac wykonawcy, gdyż jest to informacja skąd może pobrać urodzajny grunt. Tym samym także i w tym przypadku brak jest zmiany merytorycznej opisu, powodującej konieczność odrzucenia oferty.

Odpowiadając na zarzuty podniesione w odwołaniu, sformułowane przez Moris Polska (sygn. akt KIO 1847/19) zamawiający przedstawił swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy treść jego oferty była zgodna z treścią SIWZ, w tym uwzględniała konieczność podania wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego zamawiający stwierdził, że z zarzutem tym nie sposób się zgodzić, mając na uwadze treść kluczowych dla sprawy pytań i odpowiedzi do SIWZ tj. odpowiedzi na pytanie nr 146 z dnia 12 lipca 2019 r. a następnie na pytanie nr 3 z dnia 22 lipca 2019 r. Ich treść przesądza o tym, że ta część kosztorysu dla branży budowlanej nie powinna być wyceniona. Tymczasem odwołujący, wbrew oczywistym odpowiedziom na pytania do treści SIWZ, takiej wyceny dokonał. Warto także zwrócić uwagę na to, że powoływanie się przez wykonawcę na odpowiedź z dnia 12 lipca 2019 r. na pytanie nr 45 jest całkowicie nietrafne. Przede wszystkim to pytanie dotyczyło innych kwestii niż opisane w poz. 1 kosztorysu budowlanego, albowiem te dotyczyły rozbiórki obiektów kolidujących z inwestycją oraz oczyszczenia terenu zgodnie z dokumentacją projektową. Tymczasem prace, które wg odwołującego miały być wycenione w tej pozycji dotyczą usunięcia kolidujących sieci uzbrojenia podziemnego, a nie obiektu. Poza tym, co jasno wynika z udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi dla owych sieci uzbrojenia podziemnego nie ma żadnej dokumentacji, a tymczasem poz. 1 miała dotyczyć takiego obiektu, dla którego jest taka dokumentacja. Zamawiający nie przewidywał odrębnej dokumentacji na likwidację sieci, a prace te należało wykonać w ramach postępu prac budowlanych (a nie jako prace przygotowawcze). W tym, na marginesie, zauważenia wymaga także to, że jak wynika ze stanowiska odwołującego wypełnił on poz. 1 kosztorysu celowo,

a tym samym jego działania nie można nawet potencjalnie oceniać jako pomyłki. Mając na uwadze powyższe ten zarzut odwołującego jest nietrafny i przedstawiona przez niego oferta z powyższych względów, w ocenie zamawiającego, została odrzucona prawidłowo, jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Wodpol, wykonawcy Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A. z powodu niezgodności ofert z treścią SIWZ polegającej na niepodaniu wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego co również stanowi błąd w obliczeniu ceny, zamawiający powołał się na argumentację dotyczącą zarzutu odrzucenia oferty Moris Polska, która odpowiednio zastosowana przeczy także niniejszemu zarzutowi.

W zakresie podnoszonym przez odwołującego, a odnoszącym się do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol oraz Konsorcjum PRK 7 z uwagi na zastosowanie uproszczonych pozycji w kosztorysie tj. z tego powodu, że w przywołanych w odwołaniu pozycjach kosztorysowych ww. ofert nie wskazano wszystkich czynników cenotwórczych (składowych) tj.: R,M,S, a tym samym bezpodstawnie zastosowano niedozwoloną wycenę uproszczoną zamawiający, nie kwestionując podanych przez odwołującego poszczególnych pozycji ofert Konsorcjum Wodpol oraz Konsorcjum PRK 7, jako nie zawierających rozbitcia ceny na składniki R,M,S oraz postanowień SIWZ, jak też udzielonych odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, stwierdził jednocześnie, że nie można zgodzić się z zarzutem odwołującego. Pominął on bowiem jedną kluczową rzecz, a mianowicie to, że wszystkie kwestionowane przez niego pozycje nie są klasycznymi pozycjami robót budowlanych dla których można wyodrębnić poszczególne składowe R,M,S. Takie wydzielanie wydaje się wręcz sztuczne, jak bowiem np. wycenić wartość materiału dla wszelkiego rodzaju dokumentacji (np. poz. 160, 330) ? Czy miałyby to nastąpić według ceny kartek, względnie nośników elektronicznych, na których nagrana jest dokumentacja? Czy należało wycenić koszt pracy komputera (sprzętu) ? Co również, zdaniem zamawiającego, ważne wszystkie te zakwestionowane przez odwołującego pozycje są jednorodne, bez możliwości takiego podziału, o którym wspomina odwołujący. Warto także wskazać, że w odniesieniu do prawie wszystkich wyżej wymienionych pozycji odwołujący także nie podał z osobna kosztów R,M,S, a tylko jedną pozycję (czyli w praktyce R tj. koszt robocizny / pracy). Zatem zdaje się, że dla odwołującego niezbędne było w tych wszystkich pozycjach podanie literki wskazującej na rodzaj składnika cenotwórczego. W ocenie zamawiającego to było zbędne, albowiem w odniesieniu do wszystkich tych pozycji rodzaj tego składnika jest oczywisty. Dodatkowo, należy zauważyć, że zamawiający określił je jako pozycje do "kalkulacji własnej" ponieważ nie znajdują one odzwierciedlenia w Kalkulacji Nakładów Rzeczowych (dalej „KNR”). Mając na uwadze



powyższe, zarzut dotyczący braku dokonania podziału czynności niemierzalnych na R,M,S należy uznać za chybiony.

Na posiedzeniu Konsorcjum Wodpol, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w obu sprawach, złożył pismo procesowe, prezentujące jego stanowisko w sprawie.

Konsorcjum PRK 7 - odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1844/19, na posiedzeniu oświadczył, iż cofa zarzuty opisane na str. 2 odwołania w pkt 3, 5, 6. Izba, w zakresie w jakim odwołujący cofnął podnoszone zarzuty, umorzyła postępowanie, orzekając w pkt 2 sentencji.

Odwołujący w sprawie 1844/19 - Konsorcjum PRK 7, na rozprawie, wniósł o przeprowadzenie dowodów w postaci:

1. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Krakowie (dalej „Centrum Onkologii” lub „Inwestor”) na: Przebudowę pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p-poż. oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (c-o, wod-kan, wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń na okoliczność, że zamówienie to było realizowane wspólnie przez Konsorcjum firm: Wodpol Sp. z o.o. i Formed Sp. z o.o.;
2. Kopii umowy zawartej pomiędzy Centrum Onkologii a wybranymi w postępowaniu wykonawcami: Wodpol Sp. z o.o. i Formed Sp. z o.o.;
3. Wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 20 września 2019 r. kierowanego do Centrum Onkologii drogą mailową, wraz z tabelą elementów scalonych - załącznik nr 2a do umowy na okoliczność, że w zakresie zamówienia opisanego w pkt 1 powyżej znalazło się wyposażenie w kwocie 5 574 097,98 zł. brutto;
4. Załącznika nr 2b do zawartej umowy (arkusz wyceny wyposażenia), opisanej w pkt 2 powyżej, z którego wynikało jaki był zakres wyposażenia w postępowaniu opisanym w pkt 1 powyżej na okoliczność, że w zakresie dostarczanego wyposażenia był sprzęt medyczny oraz inne elementy, w szczególności meble;
5. wydruk ze strony internetowej Centrum Onkologii, na okoliczność jak w pkt 4 powyżej;
6. wydruków ze strony internetowej firmy Formed Sp. z o.o., która wraz z firmą Wodpol Sp. z o.o. realizowała roboty dla Centrum Onkologii, na których to stronach Formed Sp. z o.o. prezentuje produkowane przez siebie wyposażenie medyczne wskazując, że w tym zakresie firma Formed Sp. z o.o. realizowała prace dla Centrum Onkologii;
7. ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Centrum Onkologii (opisane w pkt 1 powyżej);

8. treści przesłanego wniosku o udostępnienie informacji publicznej, przesłanego 20 września 2019 r. do Centrum Onkologii.

Zamawiający, w sprawie o sygn. akt KIO 1844/19 wniósł o przeprowadzenie dowodów w postaci:

1. wydruku ze strony internetowej Centrum Onkologii, na okoliczność, że informacje dotyczące postępowania na: Przebudowę pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p-poż. oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (c-o, wod-kan, wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń są na tej stronie dostępne i zamawiający, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Wodpol, zapoznał się z informacjami tam zamieszczonymi;
2. odpowiedzi na wnioski zamawiającego, kierowane do Urzędu Statystycznego w Łodzi z 20 marca 2017 r. i 21 czerwca 2017 r.

Wykonawca Moris Polska, odwołujący w sprawie 1847/19 wniósł, na rozprawie, o przeprowadzenie dowodów w postaci:

1. mapy poglądowej, z której wynikał zakres zamówienia w części dotyczącej kanalizacji, wodociągu i gazociągu do likwidacji;
2. fragmentów kosztorysów złożonych przez Konsorcjum Wodpol;

Przedłożył też pismo procesowe w którym zawarł istotne, jego zdaniem, orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące kwestii związania zamawiającego zapisami SIWZ w postępowaniu oraz błędów w obliczeniu ceny.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, zmianami do niej, treścią pytań i odpowiedzi do SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, w tym kosztorysów załączonych do ofert, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, pismami procesowymi złożonymi przez uczestnika postępowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w sprawach KIO 1844/19 i 1847/19, wnoszący przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i ubiegają się o zamówienie. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Wodpol a oferty wykonawców, którzy złożyli przedmiotowe odwołania sklasyfikowane zostały na pozycji drugiej i trzeciej. W przypadku, gdyby stawiane przez odwołujących zarzuty potwierdziły się, oferta uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zostałaby odrzucona, zaś każdy z odwołujących się wykonawców, miałby szansę na wybór jego oferty i zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska zawartego w piśmie procesowym przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego Konsorcjum Wodpol, który wskazywał na brak interesu we wniesieniu odwołania przez obu odwołujących się wykonawców. Uzasadniając swoje stanowisko zwrócił uwagę, że ceny zaoferowane przez odwołującego Konsorcjum PRK 7 oraz odwołującego Moris Polska przekraczają kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, zaś odwołujący nie wykazali, iż kwota ta może zostać podwyższona, a tylko w tej sytuacji mieliby szansę na uzyskanie zamówienia. Przyjmując zatem hipotetycznie, z czym przystępujący Konsorcjum Wodpol nie zgadzało się, że odwołujący Konsorcjum PRK 7 lub odwołujący Moris Polska wykazali spełnienie przesłanek z art. 179 ustawy Pzp, a w konsekwencji zarzuty postawione wobec oferty przystępującego zostaną rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą, ich ewentualne uwzględnienie doprowadziłoby w rezultacie do unieważnienia tego postępowania. Tym samym brak interesu w uzyskaniu zamówienia, który dotyczy tego konkretnego postępowania oraz brak szkody po stronie odwołujących się wykonawców - jest zatem oczywisty. Izba, odnosząc się do tego stanowiska, wskazuje na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 oraz z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16. Zgodnie z poglądem wyrażonym w obu orzeczeniach wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia odwołania miałyby być unieważnienie postępowania. Otwiera to wówczas wykonawcom drogę do ubiegania się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu. System środków ochrony prawnej, który stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowe pojęcia, warunkujące dostęp wykonawców do systemu środków ochrony prawnej, powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2099/16). Abstrahując od powyższego Izba zaznacza, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć

tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający, w przypadku gdyby zarzuty odnośnie oferty Konsorcjum Wodpol potwierdziły się, zmuszony byłby dokonać analizy, czy może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, a następnie, w przypadku braku dodatkowych środków finansowych, unieważnić postępowanie, co na etapie postępowania odwoławczego nie mogło być pewne. Wprawdzie zamawiający oświadczył na rozprawie, że na chwilę obecną nie posiada dodatkowych środków na realizację zamówienia, nie wyklucza to jednak możliwości dokonania ponownej analizy w przyszłości czy też dokonania odpowiednich przesunięć w budżecie w sytuacji, gdy zmuszony byłby dokonać wyboru oferty zawierającej cenę wyższą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz ze zmianami, treści pytań do SIWZ oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień, treści ofert złożonych w postępowaniu, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami oraz z opinii prawnej, złożonej przez zamawiającego na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. a dotyczącej możliwości zastosowania w postępowaniu preferencyjnej stawki podatku VAT w wysokości 8%. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołujących w obu sprawach, jak też powoływane przez zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ – Przedmiot zamówienia zamawiający wskazał, że:

- (i) Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w systemie wybuduj robót budowlanych dla zadania pn.: „Budowa Pawilonu Medycznego w Zakładzie Opiekuńczo - Lecznicy przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby działalności leczniczej Zakładu.”;
- (ii) Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: 2.1. budowę „pod klucz” nowego budynku Zakładu Opiekuńczo-Lecznicy wraz z jego otoczeniem w tym zagospodarowaniem przyległego terenu na podstawie projektu budowlanego oraz uzyskanego pozwolenia na budowę; 2.2. budowę przyłączy budynku oraz dołączenie budynku do istniejącej infrastruktury; 2.3. uruchomienie wszystkich instalacji w budynku wraz z przeprowadzeniem szkoleń dla personelu; 2.4. usuwanie wszelkich odkrytych niewybuchów i niewypałów; 2.5. sporządzenie, o ile będzie to konieczne dla wykonania robót budowlanych, projektów wykonawczych, rysunków warsztatowych, obliczeń, ekspertyz i innej tego rodzaju dokumentacji; 2.6. wykonanie dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla nowobudowanego budynku; 2.7. zakup, dostawę i montaż wyposażenia technicznego pomieszczeń budynku zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi w dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt 4 poniżej; 2.8. zakup, dostawę, udzielenie

licencji i montaż Systemu przyzywowego zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt 4 poniżej oraz jako parametry dopuszczające i oceniane, opisane w załączniku nr 8 do SIWZ; (w razie sprzeczności pomiędzy tymi dokumentami wiążące są parametry opisane w załączniku nr 8 do SIWZ). Ponadto zgodnie z pkt 4 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w dokumentacji projektowej - Projekt budowlany z dnia 16 listopada 2018 r. oraz decyzji z dnia nr 22/2019 z dnia 14.01.2019 r. (dalej łącznie jako „Dokumentacja projektowa”), stanowiące załącznik nr 2 do SIWZ.

W rozdziale VI SIWZ opisano warunki udziału w postępowaniu, w tym w ppkt 1.2.3 dotyczące zdolności technicznej i zawodowej: 1.2.3.1 wykonawca, który w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 12 000 000,00 zł (dwanaście milionów złotych) brutto.

Następnie w Rozdziale VIII SIWZ - Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w pkt 1 zamawiający wskazał, że wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w SIWZ. W przypadku gdy o zamówienie wspólnie ubiegać się będzie dwa lub więcej podmiotów, oświadczenia te powinny być złożone przez każdego z nich. Ponadto oświadczenie takie musi być złożone przez podmiot na zasoby, którego powołuje się wykonawcy. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku Oświadczenia wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ. Zgodnie z pkt 2 zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie dokumenty jak: (...) 2.12. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W Rozdziale XI zawarto instrukcję w jaki sposób wykonawcy mieli sporządzić oferty. Zgodnie z pkt 6, ppkt 6.1. oferta powinna zawierać szczegółowy kosztorys ofertowy przygotowany zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale XIII SIWZ. Z kolei w Rozdziale XIII (SIWZ po modyfikacjach 22 lipca 2019 r.) - wskazano następujący sposób obliczenia ceny ofertowej: ust. 1. Cena ofertowa brutto będzie obejmowała cały przedmiot zamówienia ze wszystkimi kosztami wynikającymi z niniejszej SIWZ, załączników i ewentualnych informacji dla wykonawców, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia; ust. 2 Cena ma być wyliczona przez wykonawcę na podstawie wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia i przedstawiona w składanej ofercie; ust. 3. Podstawą do ustalenia ceny ofertowej przez wykonawcę muszą być wszystkie kosztorysy ofertowe opracowane metodą szczegółową uwzględniające ilości robót podane w przedmiarach robót. 1) robocizną bezpośrednią wraz z kosztami; ust. 4 Kalkulacja poza składnikami kalkulacyjnymi R (robocizna), M (materiały), S (sprzęt), Kp (koszty pośrednie), Kz (koszty zakupu) i Z (zysk) powinna uwzględniać właściwe nakłady rzeczowe wg stosowanych publikowanych nakładów rzeczowych, a w razie ich braku wg udokumentowanych kalkulacji indywidualnych; ust. 5 Ostateczna cena za wykonanie zamówienia podana w ofercie powinna uwzględniać wszelkie koszty (łącznie z podatkami, opustami lub rabatami) niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia wg wymogów określonych w niniejszej SIWZ, bez możliwości późniejszej korekty tej ceny po otwarciu ofert lub na etapie zawierania umowy; ust. 6 Wykonawca powinien obliczyć cenę oferty metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o ceny jednostkowe robót, zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych, a także zgodnie z zakresem robót określonym w przedmiarach robót; ust. 7 Kosztorysy powinny zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kosztorys szczegółowy, tabele elementów scalonych oraz zestawienie materiałów. Brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty (z zastrzeżeniem zapisów art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp; ust. 8 Ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego obejmują: 1) robocizną bezpośrednią wraz z kosztami, 2) wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnymi kosztami ubytków i transportu na plac budowy, 3) wartość pracy sprzętu wraz z kosztami, 4) koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko, 5) podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami; ust. 9 Do cen jednostkowych w kosztorysie nie należy wliczać podatku VAT. W formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) należy podać cenę netto, podatek VAT i cenę brutto.

Zgodnie z projektem umowy, § 5 ust. 1 wynagrodzenie za całkowite i prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, strony ustalają jako wynagrodzenie kosztorysowe; ust. 2 wynagrodzenie określone w ust. 1 powyżej wynika ze złożonej przez wykonawcę oferty, w tym kosztorysu ofertowego. Ostateczna wysokość wynagrodzenia różnić się może od kwoty podanej w zdaniu pierwszym, w zależności od ilości i cen jednostkowych poszczególnych prac, w żadnym jednak przypadku nie może być wyższa od ceny określonej w § 5 ust. 1 Umowy; ust. 4. w przypadku gdy danej czynności nie będzie wskazanej w kosztorysie ofertowym wówczas jej cena zostanie ustalona na podstawie aktualnego cennika Sekocenbud lub Orgbud (w zależności od tego, w którym będzie niższa cena). W przypadku gdy takiej pozycji nie będzie w tym cenniku zastosowanie znajdzie najbardziej zbliżona pozycja; ust. 5. wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy są to między innymi koszty: podatku VAT, wykonania wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji terenu prac, utrzymania zaplecza budowy (naprawa, woda, energia elektryczna, dozоровanie budowy), związane z zabezpieczeniem i oznakowaniem prowadzonych robót, robót montażowych, wykończeniowych, odtworzeniowych, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wykonania dokumentacji powykonawczej, związane z odbiorami wykonanych robót, przeniesienie praw autorskich, gwarancję na wykonane roboty i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła ponadto, że wykonawcy w toku prowadzonego postępowania, zadawali pytania do treści SIWZ, między innymi w zakresie dotyczącym wyceny w pozycji 1 w kosztorysie branży budowlanej oraz w zakresie wymagania zamawiającego, związanego z koniecznością przygotowania kosztorysów w wersji szczegółowej. I tak pismem z 12 lipca 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na poniższe pytania wykonawców:

1. Pytanie 11: Prosimy o wyjaśnienie czy poprzez kosztorysy ofertowe należy rozumieć kosztorysy w formie uproszczonej sporządzone zgodnie z przedmiarami robót zawartymi w dokumentacji projektowej i obejmujące wszystkie jego pozycje, zgodne z ich nazwą i opisem, numerem ST, jednostką miary i ilością ? Odpowiedź: Zamawiający wymaga kosztorysów szczegółowych.
2. Prosimy o przekazanie opracowania dotyczącego rozbiórki budynku kotłowni zlokalizowanego w północno-zachodniej części terenu inwestycji. Czy w tym budynku zostały zdemontowane wszystkie instalacje i kotły? (44 pytanie). Odpowiedź: Budynek kotłowni, nie podlega rozbiórce przez Wykonawcę.
3. Czy w zakresie Wykonawcy jest likwidacja i przełożenie kolidujących sieci uzbrojenia podziemnego tj. gazociągu, wodociągu, sieci kanalizacyjnej, sieci elektroenergetycznej? Jeśli tak to prosimy o przekazanie dokumentacji w tym zakresie i uzupełnienie przedmiarów robót (pytanie 45). Odpowiedź: Nie przewiduje się odrębnej dokumentacji

na likwidację wodociągu i kanalizacji. Sieci te należy likwidować w ramach postępu robót budowlanych. W przypadku przyłącza gazowego należy postępować zgodnie z warunkami likwidacji przyłącza gazu wydanymi przez PSG w dniu 13.12.2018 r. W przypadku instalacji elektrycznych- dokumentacja zawiera rysunki z demontażami oraz przekładkami. Pozycje zawarte są w przedmiarze robót.

4. Pytanie 47: W dokumentacji PW\_OPIS\_TOM IA w pkt. 4.2.5 jest mowa o wyburzeniach - jednakże w dalszej części tego samego punktu jest mowa o tym, iż rozbiórka kotłowni będzie przedmiotem innego opracowania. Prosimy o wyjaśnienie, czy w/w wyburzenia są również przedmiotem toczącego się postępowania? Jeśli tak, prosimy o zamieszczenie dokumentacji technicznej obiektów przeznaczonych do rozbiórki. Odpowiedź: Budynek kotłowni, nie podlega rozbiórce przez wykonawcę.
5. Pytanie 56: Podczas wizji lokalnej poinformowano, że kotłownia w nowym obiekcie ma zasilać docelowo wszystkie budynki ulokowane na terenie ZCOL. Przekazano nam również informację, że nowa kotłownia musi być wybudowana i uruchomiona przed rozbiórką starej. Wnioskujemy o informację czy przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa wraz z montażem urządzeń kotłowni. Odpowiedź: Budynek kotłowni nie podlega rozbiórce i nie jest przedmiotem niniejszego postępowania.
6. Pytanie 110: Prosimy o zmianę wymogu SIWZ punkt XI.6.2 i XI.7 na kosztorysy wykonane w formie uproszczonej w układzie zgodnym jak w punkcie XI.7 SIWZ. Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.
7. Dotyczy przedmiaru budowlanego. W poz 1. Jest „rozbiórka obiektów kolidujących inwestycją zgodnie z dokumentacją projektową” w ilości 1 kpl. W dokumentacji brak projektu rozbiórek. Prosimy o uzupełnienie dokumentacji o projekt rozbiórek, opis rozbiórek i podane parametrów rozbiórek, takich jak kubatura, powierzchnia, długość, wysokość (pytanie 146). Odpowiedź: Poza zakresem.
8. Pytanie 150: Prosimy o wyjaśnienie czy rozbiórka śmietnika oraz budynku kotłowni wyszczególniona w projekcie jest w zakresie postępowania? Jeśli tak prosimy o przekazanie dokumentacji technicznej oraz formalnej, gdyż zgodnie z dokumentacją ma być to objęte odrębnym projektem i pozwoleniem. Odpowiedź: Poza zakresem.
9. Pytanie 169: Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza stosowanie pozycji uproszczonych w *kosztorysie*. Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza.
10. Proszę o potwierdzenie, że roboty demontażowe instalacji sanitarnych w budynku kotłowni przeznaczonej do rozbiórki nie wchodzi w zakres postępowania (pytanie 280). Odpowiedź: Rozbiórka nie podlega inwestycji.



11. Pytanie 370: Prosimy o informację, czy zamawiający posiada projekt rozbiórek. Jeżeli tak, prosimy o udostępnienie. Jeżeli nie, prosimy o podanie wymiarów obiektów przeznaczonych do rozbiórki oraz informację z jakich materiałów obiekty zostały wykonane. Odpowiedź: Rozbiórki nie są w zakresie inwestycji.
12. Pytanie 371: Prosimy o informację, czy w obiektach przeznaczonych do rozbiórki znajduje się azbest lub inne materiały niebezpieczne wymagającej specjalistycznej utylizacji. Odpowiedź: Rozbiórki nie są w zakresie inwestycji.

Następnie, pismem z 22 lipca 2019 r.:

1. w odpowiedzi na pytanie nr 1: Ad odp. 11, 12, 170 zamawiający podtrzymał wymogi SIWZ odnośnie podania w kosztorysie jednocześnie cen jednostkowych netto i brutto. Dodatkowo zostało sprecyzowane, że kosztorysy ofertowe muszą być szczegółowe. W związku z powyższym aby złożyć ofertę należy skorzystać z dostępnych na rynku programów do kosztorysowania. Z informacji uzyskanych od producentów oprogramowania (Athenasoft) wynika, że nie ma możliwości technicznych aby kosztorys zawierał jednocześnie ceny jednostkowe netto i brutto. Poza tym wykonawcy przygotowujący się do złożenia oferty od połowy czerwca mają już w większości przygotowane kosztorysy uproszczone zgodne z SIWZ a aktualna zmiana wymaga tworzenia kosztorysów od początku. Dlatego wnosimy o: rezygnację z podawania cen jednostkowych netto i brutto w kosztorysie szczegółowym (wymóg niemożliwy do spełnienia); rezygnację z załączenia do oferty kosztorysów szczegółowych w zamian za złożenie kosztorysów uproszczonych. Kosztorysy szczegółowe byłyby wymagane dla wybranego w przetargu wykonawcy. Odpowiedź: Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ dotyczące uzupełnienia kosztorysu ofertowego dodając zapisy: w Rozdziale XIII Sposób obliczenia ceny ofertowej dodając pkt 3, 4, 5, 6, 7, 8,9.
2. Pytanie nr 2: Ad odp. 11, 170. Ponieważ zamawiający wymaga kosztorysów szczegółowych prosimy o potwierdzenie że dla zakresu wyposażenia z załącznika „zestawienie wyposażenia technologia.xlsb” wystarczy złożyć kosztorys uproszczony. Plik zamieszczony przez zamawiającego jest zestawieniem sporządzonym w programie Excell który nie służy do opracowywania kosztorysów szczegółowych. Brakuje podstaw wyceny. Ponadto w przypadku dostaw wyposażenia dostawcy nie kalkulują kosztów prac w formie kosztorysów szczegółowych. Cena za konkretny element wyposażenia zawiera wszystkie koszty jej dostawy, montażu, zysk itd. Odpowiedź: Potwierdzamy.
3. Pytanie nr 3: Ad odp. 146 zamawiający informuje, że rozbiórka obiektów kolidujących z inwestycją zgodnie z dokumentacją projektową jest poza zakresem. Jednak przedmiar robót budowlanych zawiera w poz. 1 ilość 1kpl. Czy tej pozycji nie należy wyceniać ? Zamawiający potwierdził: Jeżeli jest poza zakresem cena powinna być „0”.

W postępowaniu złożonych zostało dziewięć ofert, w tym oferta Konsorcjum Wodpol za cenę brutto: 28 077 498,71 zł.; Konsorcjum PRK 7, które zaproponowało za realizację zamówienia kwotę: 30 922 791,88 zł.; Moris Polska za cenę brutto: 31 588 398,84 zł. W zakresie pozostałych kryteriów oceny ofert wszyscy wymienieni wyżej wykonawcy zadeklarowali 72- miesięczny okres gwarancji oraz złożyli oświadczenia w kryterium opisanym jako parametry techniczne dostarczonego systemu przyzywowego. Izba ustaliła ponadto, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 września 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez Konsorcjum PRK 7 oraz Moris Polska. Jako podstawę prawną odrzucenia wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym poinformował, że dokonał oceny kosztorysów, w wyniku czego stwierdził, że w kosztorysie budowlanym w poz. 1 została uwzględniona kwota, zaś zgodnie z modyfikacjami treści SIWZ z 15 lipca 2019 r. (pytanie 146) oraz z 22 lipca 2019 r. (pytanie 3) – rozbiórka jest poza zakresem wykonawcy i cena w kosztorysie powinna być „0”.

Ponadto Izba ustaliła, że Konsorcjum Wodpol, wraz z ofertą, złożyło „Zestawienie kosztorysów dla zadania inwestycyjnego”. W kolumnie uwagi wskazano, że dla zakresu opisanego w kosztorysie branży: budowlanej, instalacji ogrzewania i chłodu, instalacji wod-kan, wentylacji mechanicznej, instalacji elektrycznych i teletechnicznych zastosowano stawkę VAT - 8% uzasadniając to w następujący sposób: „Stawkę 8% zastosowano na podstawie art. 41 ust. 2, ust. 12 oraz ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług”. Dla kosztorysu ofertowego zestawienie wyposażenia technologia stawka 8% wynikała z ofert dostawców i producentów wyposażenia. Jednocześnie, pismem z 2 września 2019 r., złożył wyjaśnienia w zakresie, w jakim zastosowana została przez niego preferencyjna stawka podatku VAT. Stwierdził między innymi, że realizowany obiekt Pawilonu Medycznego w Zakładzie Opiekuńczo - Lecznicy przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie przeznaczony będzie na opiekę całodobową o charakterze długoterminowym oraz będzie sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264, jako budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Uwzględniając charakter i przeznaczenie tego budynku wykonawca, na podstawie wskazanych w zestawieniu przepisów ustawy o VAT, zastosował obniżoną stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Zwrócił uwagę, że sama możliwość stosowania stawki 8 % przy budowie/rozbudowie budynków tego typu, poza tym, że wprost wynika z cytowanych wyżej przepisów podatkowych, to również potwierdzają ją liczne interpretacje podatkowe, a nadto została potwierdzona przez opinie zleczone w związku ze złożoną przez Konsorcjum Wodpol ofertą. W szczególności, m.in. w opinii prof. dr hab. W. M. znalazły się stwierdzenia, że w ocenie Instytutu Studiów Podatkowych, stawka 8% ma zastosowanie do usług budowlanych będących przedmiotem zamówienia - w sprawie spełnione zostały przesłanki do zastosowania stawki obniżonej na podstawie art. 41 ust. 2

w zw. z ust. 12 i 12 a ustawy o VAT z następujących powodów: (i) mamy do czynienia z budową budynku (robotami budowlanymi polegającymi na wybudowaniu budynku wraz z określonymi instalacjami i elementami składowymi); (ii) przedmiotowy budynek można zaklasyfikować jako obiekt budownictwa mieszkaniowego ze względu na: świadczenie w nim usług długoterminowego zakwaterowania; (iii) okoliczność, że zakwaterowanym zapewniona będzie opieka lekarska i pielęgniarska.

Jako potwierdzenie swojego stanowiska wyrażonego w niniejszym piśmie załączył następujące opinie opracowane przez kancelarie prawne i podatkowe: 1. Opinię prawnopodatkową w zakresie oceny prawidłowości zastosowania stawki 8% w ofercie złożonej przez Konsorcjum Wodpol, sporządzoną przez prof. dr hab. W. M. (Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o.); 2. Opinię podatkową w zakresie prawidłowości zastosowania obniżonej stawki podatku VAT, wydaną przez REWIDO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., sporządzoną przez Biegłego Rewidenta Panią J. S. nr ewidencyjny 11439; 3. Opinię podatkową w przedmiocie dopuszczalności zastosowania preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług dla robót budowlanych polegających na budowie (rozbudowie) zakładu opiekuńczo-leczniczego, sporządzoną przez radcę prawnego P. M., Vinci & Vinci Kancelaria Doradztwa Podatkowego R. P. i Wspólnicy sp. k.

Konsorcjum Wodpol, na wezwanie kierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożyło wykaz wykonanych robót budowlanych, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. W pozycji pierwszej wykazu wykonawca wskazał zamówienie polegające na przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej pn.: „Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku operacyjnego, Oddziału anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów ppoż. oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (c.o., wod-kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne)”; w kolumnie pn. określenie podmiotu, który wykonał daną robotę budowlaną wpisał. Wodpol Sp. z o.o., wartość wykonanej roboty: 12 027 543,48 zł brutto; data i miejsce wykonania roboty budowlanej: 08.11.2013 r. - 07.10.2014 r.; określono również podmiot na rzecz, którego wykonano daną robotę budowlaną: Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie. Na potwierdzenie wykonania przedmiotowych prac złożył poświadczenie wystawione 18 listopada 2014 r. przez Inwestora, potwierdzające okoliczności zawarte w złożonym wykazie.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

**W sprawie o sygn. akt KIO 1844/19**

Izba oddaliła odwołanie, albowiem nie stwierdziła takich naruszeń przepisów ustawy Pzp, które mają wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów sformułowanych w treści odwołania Izba uznała, że niezasadne są zarzuty sformułowane w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Wodpol, która została w tym postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza.

W zakresie w jakim odwołujący wskazywał, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wodpol, mimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji służących ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert wykonaniem 2 robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku o charakterze obiektu użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 12.000.000,00 zł.

Konsorcjum PRK 7 wskazywało, że opisując w JEDZ oraz wykazie robót zamówienie realizowane dla Centrum Onkologii w Krakowie, Konsorcjum Wodpol celowo wprowadziło zamawiającego w błąd, używając niepełnej nazwy zadania oraz, że wskazywana wartość prac odnosi się nie tylko do realizowanych robót budowlanych, ale obejmuje wyposażenie tego obiektu, w tym tak drobne elementy jak meble czy sprzęt komputerowy.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że fakt użycia skróconej nazwy zadania w JEDZ i w wykazie robót złożonych przez Wodpol nie świadczy jeszcze, że wykonawca ten celowo chciał wprowadzić w błąd zamawiającego co do zakresu wykonanych przez niego prac. Z poświadczenia wystawianego przez Inwestora, złożonego wraz z wykazem wynika bezspornie, że wartość zamówienia określona na kwotę 12 027 543,48 zł. brutto obejmuje zarówno roboty budowlane jak też dostawę wyposażenia. Sam wystawiający poświadczenie posługuje się skróconą nazwą postępowania, wyjaśniając w treści złożonego poświadczenia, że w zakresie zamówienia znalazły się także dostawy. Z dowodów przedłożonych przez odwołującego w postaci umowy zawartej pomiędzy Centrum Onkologii w Krakowie a realizującymi tą inwestycję wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie: Wodpol Sp. z o.o. i Formed Sp. z o.o. wynika, że całość inwestycji realizowana była jako roboty budowlane (§1 ust. 1 umowy - przedmiot zamówienia). Wprawdzie elementem świadczenia Konsorcjum Wodpol w ramach umowy była również dostawa wyposażenia obiektu, nie wpływa to na okoliczność, że całość realizowana była jako kompleksowa umowa na roboty budowlane. Nie przewidziano w niej też odrębnie elementów, czy etapów składających się odrębnie z zakresu robót i wyposażenia obiektu. Wynagrodzenie umowne, które ustalono jako ryczałtowe, obejmowało wykonanie całego przedmiotu zamówienia (§2 ust. 1 umowy - wartość zamówienia). W konsekwencji również odbiory prac objętych zamówieniem odbywały się jako

całość, po zakończeniu wszystkich elementów składających się na zamówienie (§5 ust. 4 umowy - odbiór prac).

Tym samym wydzielenie z tego zakresu elementów wyposażenia, jak próbował to czynić odwołujący, byłoby zabiegiem sztucznym, gdyż po pierwsze zamówienie miało charakter kompleksowy, ponadto odbiór końcowy dotyczył całości zamówienia. Odwołujący wskazywał, składając dowody w postaci wydruków ze strony internetowej Centrum Onkologii w Krakowie, że dostawa wyposażenia miała znaczną wartość w tym postępowaniu, zatem powoływanie się na wartość całego zamówienia w jego ocenie było nieuprawnione. Izba w tym zakresie uznała, że trudno oczekiwać aby zamawiający w takich przypadkach poddawał analizie, które z elementów wyposażenia miały związek z prowadzonymi robotami budowlanymi i są elementami na stałe związanymi z budynkiem (jak np. wskazywany przez zamawiającego jako przykład stół operacyjny czy lampa, która jest montowana na stałe nad tym stołem), a które należałoby uznać jedynie za drobne elementy wyposażenia.

Z całą pewnością jednak nie sposób uznać, że fakt występowania pewnych elementów wyposażenia w tym postępowaniu Konsorcjum Wodpol próbowało ukryć. Izba wprawdzie podziela pogląd odwołującego, że nie ma znaczenia fakt, że umowa została zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a dokumentacja postępowania jest nadal dostępna na stronie internetowej Inwestora, bowiem wszystkie dane potrzebne dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu powinny wynikać z przedłożonych przez niego dokumentów w postępowaniu, w tym przypadku jednak z poświadczenia złożonego przez Centrum Onkologii w Krakowie wynikała okoliczność, że w ramach zamówienia były realizowane również dostawy. Zamawiający mógł (i jak dowodził na rozprawie weryfikacji w tym zakresie dokonał) z łatwością stwierdzić, na podstawie informacji zamieszczonych na stronie internetowej Inwestora, jaki był faktyczny zakres prac realizowanych przez Konsorcjum Wodpol.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, że Konsorcjum Wodpol w sposób świadomy, celem wprowadzenia w błąd zamawiającego ukryło fakt, że zamówienie dla Centrum Onkologii w Krakowie realizowane było w ramach konsorcjum. Wprawdzie nie wynika to z treści wykazu robót ani z poświadczenia, lecz w tym przypadku kluczową była raczej kwestia, czy Wodpol Sp. z o.o. mógł powołać się na doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówienia dla Centrum Onkologii w Krakowie. Izbie znane jest orzeczenie TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, rozpatrywanej w wyniku odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, w którym stwierdzono, że „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym

zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.” Zauważenia wymaga jednak, że Trybunał uczestnictwo w realizacji zamówienia rozumie także jako zarządzanie, administrowanie określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Tymczasem, jak wyjaśnił wykonawca Konsorcjum Wodpol, w postępowaniu realizowanym dla Centrum Onkologii w Krakowie, Wodpol Sp. z o.o. pełnił funkcje wiodącą. Jego zadanie jako lidera konsorcjum polegało na organizowaniu, kierowaniu i zarządzaniu procesem całej inwestycji. Należy zatem uznać, że miał prawo posłużyć się doświadczeniem przy realizacji całego projektu a zatem wskazując w wykazie robót, że zrealizował dla Centrum Onkologii przedmiotowe zamówienie, jego intencją nie było wprowadzenie w błąd zamawiającego co do spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący z kolei nie wykazał, za pomocą przedłożonych dowodów, jaką rolę pełnił Formed Sp. z o.o. - członek konsorcjum w tym zamówieniu. Nie przesądza o jego znaczącym udziale czy też o tym, że w określonym zakresie brał udział w realizacji tego zamówienia fakt, że jest producentem sprzętu medycznego, a na swojej stronie internetowej prezentuje informacje z których wynika, że brał udział w realizacji prac zleconych przez Centrum Onkologii.

Co do wskazywanych przez odwołującego różnic pomiędzy wartością zamówienia podaną w wykazie, a faktyczną wartością wynikającą z dowodów przedłożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że zarzut taki nie był formułowany w treści odwołania, a zatem, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mógł być przedmiotem analizy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol mimo, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu zaoferowanej ceny, polegający na zastosowaniu (w zakresie wskazanym w uzasadnieniu) preferencyjnej stawki VAT- 8% mimo braku odpowiednich podstaw prawnych

Istota sporu sprowadzała się, w ocenie Konsorcjum PRK 7, do kwestii czy budynek będący przedmiotem zamówienia jest obiektem, który może być sklasyfikowany w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264. W jego ocenie z treści samej nazwy zamówienia ale też OPZ oraz dokumentacji projektowej dla tego zadania wynikało, że podstawowym celem, który będzie realizowany w nowo powstałym obiekcie nie będzie zakwaterowanie ale leczenie, pielęgnacja i rehabilitacja dorosłych osób przewlekle chorych.

Zamawiający w SIWZ nie określił jaka stawka podatku VAT winna być zastosowana dla robót objętych przedmiotem postępowania. Tym samym wskazanie prawidłowej stawki było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę. Konsorcjum Wodpol zastosowało dla większości prac stawkę preferencyjną 8% wskazując w tabeli „Zestawienie kosztorysów dla zadania inwestycyjnego” podstawę prawną zastosowanej stawki (art. 41 ust. 2, ust. 12 oraz ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług) oraz składając, pismem z 2 września 2019 r., wyjaśnienia i załączając do nich opinie przygotowane przez podmioty zajmujące się doradztwem podatkowym w zakresie oceny prawidłowości zastosowania stawek VAT w swojej

ofercie. Jakkolwiek należy je traktować wyłącznie jako opinie prywatne, takie też znaczenie przypisać można opinii podatkowej złożonej przez zamawiającego na rozprawie, a przygotowanej przez zewnętrzny podmiot zauważyć należy, że wszystkie one przesądzą, że w przypadku, jeżeli obiekt jest sklasyfikowany w PKOB w klasie ex 1264 jako budynek instytucji ochrony zdrowia świadczący usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską, to jest to okoliczność uprawniająca do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Co istotne dla oceny podnoszonych zarzutów, zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Statystycznego w Łodzi (zamawiający przedłożył jako dowody dwie odpowiedzi na kierowane przez niego wnioski), budynek zakładu opiekuńczo – leczniczego instytucji ochrony zdrowia, w którym zapewniona zostaje długoterminowa, całodobowa opieka medyczna dla osób starszych i niepełnosprawnych mieści się w grupowaniu PKOB grupa 126, klasa 1264. W konsekwencji przesądza to, że w okolicznościach niniejszej sprawy, zastosowanie znajdzie preferencyjna stawka VAT - 8%.

Zauważyć należy, że odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, z których wynikałaby błędna ocena Konsorcjum Wodpol czy też zamawiającego odnośnie prawidłowości zastosowanej stawki VAT.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest w tym przypadku również fakt, że spośród dziewięciu złożonych przez wykonawców ofert tylko w ofercie Konsorcjum Wodpol zastosowano preferencyjną stawkę VAT.

W konsekwencji Izba, uznała również za niezasadne zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Wodpol, mimo zaistnienia przesłanek wskazanych we wcześniej podnoszonych zarzutach, skutkujących wykluczeniem wykonawcy lub/ i odrzuceniem jego oferty.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ, względnie zaniechanie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp

Izba uznała zarzuty za zasadne. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Stosownie zatem do treści art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkuje jej odrzuceniem tylko wówczas, gdy treść oferty nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na podstawie cytowanego przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika

zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Zauważyć należy, że celem ustawodawcy wprowadzenia tego przepisu było uniknięcie, licznych niegdyś przypadków, odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Dopuszczono zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. Pod warunkiem, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki".

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi również, co do zasady fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie - czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Nie jest przy tym wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że bezspornym jest (o czym w uzasadnieniu oddalenia odwołania w sprawie 1847/19), że brak było podstaw w SIWZ do wypełnienia poz. 1 kosztorysu ofertowego dla branży budowlanej i drogowej (część pt. Pawilon Mehoffera). Wycena ta, przed zmianą postanowień SIWZ, dotyczyć miała rozbiórki obiektów kolidujących z inwestycją. Zamawiający, w toku postępowania, zrezygnował z konieczności wykonania tego zakresu robót. Odwołujący przyznał, że w wyniku omyłki wycenił te prace na kwotę 68 687,64 zł., co w relacji do ceny za wykonanie całego zamówienia,



stanowi zaledwie około 0,2% jego wartości. Należy również zauważyć, że poprawienie omyłki nie wymagało od zamawiającego skomplikowanych zabiegów, wystarczyło bowiem odjąć ww. kwotę od ceny całej oferty i dokonać poprawienia tego błędu. Mając powyższe na uwadze zamawiający winien był dokonać poprawienia innej omyłki w ofercie Konsorcjum PRK 7, w konsekwencji należy uznać, że niezasadnie odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Izba oddaliła jednak odwołanie Konsorcjum PRK 7, mając na uwadze, że pomimo dokonania poprawy wynik postępowania nie uległby zmianie. W dalszym ciągu najkorzystniejszą pozostanie oferta Konsorcjum Wodpol, którą zamawiający wybrał w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie. W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

#### **W sprawie o sygn. akt KIO 1847/19**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów formułowanych w treści odwołania Izba uznała.

W zakresie okoliczności podnoszonej przez odwołującego dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy treść jego oferty była zgodna z treścią SIWZ, w tym uwzględniała konieczność podania wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Wodpol, wykonawcy Deltaprojekt Sp. z o.o., Konsorcjum Vamed, Strabag Sp. z o.o., Erbud S.A. z powodu niezgodności ofert z treścią SIWZ, polegającej na niepodaniu wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową w poz. 1 kosztorysu budowlanego co również stanowi błąd w obliczeniu ceny

Izba uznała, że zarzut odwołującego Moris Polska nie potwierdził się. Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że w poz. 1 kosztorysu budowlanego należało uwzględnić wartości prac związanych z rozbiórką sieci i instalacji kolidujących z budową. Zamawiający, wszczynając postępowanie przewidywał, że zakresem zamówienia objęte zostaną prace rozbiórkowe obiektów kolidujących z inwestycją - budynku kotłowni

i śmietnika. Związane z tym koszty wykonawca miał uwzględnić w poz. 1 kosztorysu branży budowlanej. W toku postępowania zamawiający zrezygnował z tego zakresu robót (potwierdza to analiza pytań do SIWZ oraz odpowiedzi zamawiającego w tym przedmiocie). W szczególności odpowiadając na pytania numer: 44, 47, 56, 146, 150, 280, 370, 371 (pismo z 12 lipca 2019 r.) oraz na pytanie nr 3 (pismo z 22 lipca 2019 r.) potwierdzono, że prace te, pierwotnie przewidziane w SIWZ, znajdują się poza zakresem zamówienia.

Wątpliwości wykonawców w toku postępowania wzbudziło również, czy do zadań wybranego wykonawcy, należały będą prace polegające na likwidacji i przełożeniu kolidujących sieci uzbrojenia podziemnego. Odwołujący wywodził, że zamawiający wskazał na konieczność wykonania przez wykonawców rozbiórek instalacji, w konsekwencji wymagał podania wyceny tych rozbiórek, a jedynym miejscem (fragmentem przedmiaru) w którym można było koszty te uwzględnić była poz. nr 1. Na zadane pytanie odnoszące się do tego zagadnienia (pytanie nr 45 i odpowiedź na nie - pismo z 12 lipca 2019 r.) zamawiający wyjaśnił, że likwidacja sieci będzie następowała w ramach postępu robót budowlanych. Zamawiający nie wskazał jednak, wbrew temu co twierdzi odwołujący Moris Polska, w którym miejscu kosztorysu należało te prace wycenić. Nie można z całą pewnością wywieść z przywoływanych przez odwołującego odpowiedzi na pytania do SIWZ, że zamawiający nakazał wycenę tych prac w poz. 1. Odpowiedź na pytanie 146, choć zawiera w istocie sformułowanie „jeżeli jest poza zakresem” odnosi się do rozbiórki obiektów budowlanych, a nie sieci. Stąd wnioski formułowane przez odwołującego Moris Polska, że skoro wykonanie rozbiórek instalacji kanalizacyjnej, wodociągowej i gazowej jest w zakresie zamówienia to należało je wycenić ujmując koszty w tej właśnie pozycji kosztorysu - są błędne.

W ocenie Izby nie ulega zatem wątpliwości, że w poz. 1 kosztorysu budowlanego należało wpisać „0”. Nie ma znaczenia fakt, że zamawiający tej pozycji nie usunął, ani też zablokował możliwości edycji przedmiaru w tej pozycji.

Izba uznała również za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol, której treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezgodności z SIWZ kosztorysów ofertowych dotyczących wentylacji mechanicznej – brak wyceny pozycji nr 19 i 20.

Odwołujący zarzucił, że oferta Konsorcjum Wodpol jest niezgodna z treścią SIWZ z tego powodu, że pomimo wyraźnego zakazu zamawiającego, Konsorcjum Wodpol nie wyceniło dwóch pozycji w kosztorysie wentylacji mechanicznej, wpisując w tych pozycjach „0”.

Rozpoznając przedmiotową sprawę należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przewidziane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty, skutkuje tym, że oferta ta zostanie wyeliminowana z postępowania co przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego,

jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana lub wyinterpretowywana z jej postanowień lub wnioskowana na podstawie udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zawarł w Rozdziale XIII rygorystyczne wymagania co do sporządzenia kosztorysów, stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. W zakresie, w jakim zapisy SIWZ odnosiły się do kwestii sporządzenia kosztorysów szczegółowych wskazał, że brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji, jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego, skutkować będzie odrzuceniem oferty (z zastrzeżeniem zapisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (ust. 7)).

Jak ustalił skład orzekający Konsorcjum Wodpol, sporządzając kosztorys ofertowy dla branży instalacyjnej - wentylacja mechaniczna, w kolumnie „opis i wyliczenia”, zawarł opis pozycji (zgodnie z przedmiarem robót), wpisał: „obmiar = 1,000 szt.”, zaś w kolumnach koszt jednostkowy, R,M,S wartość 0 zł. Należy zatem zauważyć, że pozycje te nie zostały pominięte przez wykonawcę, opis pozycji był zgodny z przekazanym przez zamawiającego przedmiarem robót, ilości robót również odpowiadają ilościom określonym w dokumentacji przetargowej, jedynie wartość tych robót została skalkulowana na kwotę 0,00 zł.

Na temat wskazywania kwoty 0 zł w kosztorysie ofertowym jako ceny jednostkowej wypowiedziała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu z 21 sierpnia 2013 r. sygn. akt 1902/13 stwierdziła, za Sądem Okręgowym w Kielcach (wyrok z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08): „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawężył możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego.” Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 259/19) stwierdzając między innymi, że: „Nie można także zgodzić się z odwołującym, że wpisanie ceny 0 zł świadczy o braku wycenienia danej pozycji. 0 zł też jest rodzajem wyceny i - jak wskazano powyżej - wycena taka nie została zakazana przez zamawiającego”.

Tym samym, przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy, należy zauważyć, że w treści SIWZ zamawiający nie zakazał wyceny pozycji na kwotę 0 zł. czy też nie zawarł informacji, że dokonując wyceny należy stosować wyłącznie ceny dodatnie, nie ustanowił także sankcji, w postaci odrzucenia oferty, w przypadku gdy wycena danej pozycji

będzie 0 zł. Zakaz modyfikacji w kosztorysie ofertowym dotyczył jedynie zmiany opisu i ilości zawartej w przedmiarze robót, a elementów tych przystępujący Konsorcjum Wodpol nie zmodyfikował. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że oferta ta z powodu wpisania w dwóch pozycjach kosztorysu ceny 0 zł. jest niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ.

Wreszcie, odnosząc się do podniesionych przez odwołującego na rozprawie argumentów, że wynagrodzenie za realizację zamówienia ustalone zostało jako kosztorysowe, gdyby zatem dopuścić, że możliwe było wpisanie w danej pozycji 0 zł., to w skrajnym przypadku mogłoby to spowodować, że nie zostałaby wyceniona duża część robót. Izba zauważa, że rozważania odwołującego należy uznać za czysto hipotetyczne. Ponadto, w takim przypadku zapewne odwołujący kwestionowałby ustaloną przez przystępującego Konsorcjum Wodpol cenę, podnosząc zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny. Nie sposób również podzielić stanowiska odwołującego, że brak wypełnienia cen w tych pozycjach stanowiło błąd po stronie Konsorcjum Wodpol. Rzeczywiście ze złożonych przez odwołującego na rozprawie fragmentów kosztorysów przystępującego Konsorcjum Wodpol wynika, że w innych pozycjach przepustnice zostały wycenione, jednak nie można z tego faktu wywodzić, że w odniesieniu do tych dwóch pozycji wycena nie została dokonana omyłkowo z tego powodu, że w podstawie wyceny zamawiający nie wpisał pełnego numeru KNR.

Podsumowując kwestię odrzucenia oferty przystępującego Konsorcjum Wodpol w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że oferta ta nie jest niezgodna z żadnym z powołanych w odwołaniu postanowieniem SIWZ. Odwołujący próbował w stosunku do przytaczanych przez siebie postanowień zawartych w dokumentacji przetargowej dokonać określonej wykładni, niekorzystnej dla przystępującego, jednakże, jak wskazano już wyżej, podstawą odrzucenia oferty może być jedynie niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność oferty z SIWZ, nie zaś niezgodność wynikająca z chęci nadania jej postanowieniom nieistniejącego w istocie brzmienia.

Odnosząc się natomiast do kwestii odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy zauważyć, że odwołujący jako podstawę odrzucenia wskazał brak wycenienia wszystkich pozycji kosztorysowych i wynikający z tego brak możliwości obliczenia ceny oferty, jako sumy wszystkich pozycji kosztorysowych. W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Jak wskazano już wyżej, wycena kwestionowanych pozycji została przez przystępującego dokonana tyle, że wartość tych prac wyceniono na 0 zł. Nie doszło zatem do sytuacji, w której Konsorcjum Wodpol nie nadało jakiejś pozycji żadnej wartości, co świadczyłoby o braku wyceny. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zarzucany przez odwołującego brak wyceny określonych pozycji nie ma miejsca.

Co do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wodpol i Konsorcjum PRK 7, których treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezgodności z SIWZ kosztorysu ofertowego poprzez niedopuszczalne zastosowanie pozycji uproszczonych, co również stanowi błąd w obliczeniu ceny

W ocenie Izby zarzuty podnoszone wobec ofert złożonych przez wykonawców Konsorcjum Wodpol i Konsorcjum PRK 7 nie potwierdziły się.

Bezspornym jest, że zamawiający, zawarł w treści SIWZ wymaganie, aby sporządzone przez wykonawców kosztorysy ofertowe przygotowane zostały jako szczegółowe. Konsekwentnie, udzielając odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania, nie wyrażał zgody na przygotowanie wersji uproszczonej kosztorysów. Jedyne wyjątek stanowił załącznik „zestawienie wyposażenia technologia.xlsb”, gdzie dla zawartych w nim elementów wyposażenia, zamawiający wyraził zgodę na złożenie kosztorysu uproszczonego. Zamawiający na rozprawie przyznał, że wymaganie określone w SIWZ należy uznać za nadmierne, albowiem wskazanie składowych R,M,S nie ma znaczenia dla możliwości rozliczenia robót objętych zamówieniem, wystarczający dla tego celu byłby kosztorys w wersji uproszczonej.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę jakie znaczenie wskazanie w poszczególnych pozycjach składowych w postaci R,M,S ma dla stwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz jaki miało wpływ na możliwość rozliczenia robót. Jak już wcześniej wskazano zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął wynagrodzenie kosztorysowe. Definicja wynagrodzenia kosztorysowego znalazła się w art. 629 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek. Przyjęty sposób rozliczenia prac umożliwia zatem urealnienie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. Kosztorys jest zatem kluczowym elementem służącym określeniu ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 lipca 2003 r., sygn. akt II CKN 361/0126 wynagrodzenie kosztorysowe jest to wynagrodzenie określone na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, co oznacza, że kosztorys powinien być sporządzony przed lub przy zawarciu umowy a nie po jej wykonaniu i na żadnej ze stron umowy nie spoczywa obowiązek sporządzenia kosztorysu

powykonawczego (kosztorysów częściowych i kosztorysu ostatecznego). Nie ulega wątpliwości zatem, że dla możliwości rozliczenia prac kluczowe znaczenie mają ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie, bowiem zamawiający na ich podstawie dokonuje rozliczenia. Jednakże wskazanie nakładów na poszczególne pozycje ma znaczenie wtórne, zamawiający nie dokonuje bowiem rozliczeń biorąc np. pod uwagę nakładów na robociznę.

Ponadto brak rozbicia poszczególnych cen jednostkowych, wbrew twierdzeniom odwołującego Moris, nie uniemożliwia oceny czy oferowany przez wykonawców zakres zamówienia, jaki zamierzają wykonać, jest zgodny z SIWZ. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że oferta, zgodnie z definicją zawartą w art. 66 §1 kodeksu cywilnego, to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy, zaś treścią oferty będzie treść owego oświadczenia. Przy czym treść ta może być rozumiana dwojako - jako przedmiot i sposób wykonania umowy oraz jako to, co znajduje się w oświadczeniu (co zadeklarowano). Jeśli strony oraz inne podmioty zapoznające się z ofertą (oświadczeniem) mają przekonanie, że wykonawca zaoferował pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, jednakże nie znajduje to odzwierciedlenia, w jakimś aspekcie, w deklaracji składanej w „zapisanej” części oferty pojawia się problem w praktycznym stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że pozycje kosztorysowe, w swoich opisach, w ofertach Konsorcjum Wodpol i Konsorcjum PRK 7 nie zostały zmodyfikowane, a wykonawcy oświadczyli, że przedmiot zamówienia wykonają zgodnie z SIWZ i dokumentacją projektową. Tym samym, w ocenie Izby, odrzucanie ofert, w których zadeklarowano pełne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia należy traktować jako zbytni i niepotrzebny formalizm w stosunku do znaczenia, jakie ma ten przepis.

Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Wodpol z 6 września 2019 r. w których zwracał uwagę, że sam zamawiający kwestionowane pozycje potraktował jako uproszczone, zamieszczając przedmiar, w którym jako podstawę wyceny wskazał kalkulację własną, uproszczoną. Zamawiający zamieścił kosztorysy (ath) w wersji ze środkami i nakładami w dniu 22 lipca 2019 r., a więc po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 169. W kwestionowanych przez odwołującego pozycjach zamawiający nie umieścił środków i ich nakładów, a więc potraktował je jako uproszczone.

Ponadto analiza kosztorysów złożonych przez wykonawców wskazuje, że każdy w inny sposób zrozumiał wymagania zamawiającego w przypadku tych pozycji. Sam odwołujący, w odniesieniu do kwestionowanych pozycji wpisał tylko jeden lub niektóre ze składników. Izba uznała zatem, że wymagania w tym zakresie były nieprecyzyjne, tym samym wykonawcy nie mogą ponosić skutków takiego działania zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do kwestii odrzucenia kwestionowanych ofert na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, należy wskazać, że odwołujący podstawy odrzucenia dopatrywał się w tym, iż wyliczenie ceny miało miejsce w oparciu o nieprawidłowo ustalony przez wykonawców zakres wymagań w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Jak wskazano już wyżej, wycena kwestionowanych pozycji została przez Konsorcjum Wodpol i Konsorcjum PRK 7 zgodnie z przekazanymi przedmiarami robót. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach odwołujących się wykonawców.

**Przewodniczący:** .....