

Sygn. akt KIO 1403/18

**WYROK**

**z dnia 3 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 r. przez wykonawcę **ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu**

przy udziale wykonawcy **T.P., prowadzącego działalność pod firmą T.P. Firma Budowlano Remontowa z siedzibą w Maciejowej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy T.P., prowadzącego działalność pod firmą T.P. Firma Budowlano Remontowa z siedzibą w Maciejowej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego **Szpitala Specjalistycznego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu** na rzecz wykonawcy **ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa pawilonu dla potrzeb Oddziału Ginekologiczno Położniczego i Neonatologii z Intensywną Terapią Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu wraz przeniesieniem baru „Bistro” do nowej lokalizacji oraz rozbiórką budynku byłej pralni*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 076-168498.

W dniu 16 lipca 2018 r. wykonawca Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

1. w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. dokonanej pismem Zamawiającego z 2 lipca 2018 r (znak: DA.271-28-21/18) z załącznikami:
  - naruszenie art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. przyjął i zastosował na potrzeby obliczenia ceny prawidłowe stawki podatku VAT;
  - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. nie zawiera błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dającego podstawę do odrzucenia tej oferty i poprzez nieodrzućenie tej oferty mimo tego, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
  - naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy złożone oferty zawierają ceny obliczone z zastosowaniem różnych stawek podatku VAT, niedokonanie weryfikacji stawek podatku VAT zastosowanych na potrzeby obliczenia ceny przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert

- nieporównywalnych;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że treść oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. odpowiada treści SIWZ i poprzez nieodrzućenie tej oferty mimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
  - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
2. w odniesieniu do zaniechania czynności weryfikacji prawidłowości zastosowania stawek podatku VAT przyjętych na potrzeby obliczenia ceny przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia: naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie weryfikacji stawek podatku VAT zastosowanych na potrzeby obliczenia ceny przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy złożone oferty zawierają ceny obliczone z zastosowaniem różnych stawek podatku VAT i w rezultacie tego poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieporównywalnych;
3. w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P.:
- naruszenie art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. przyjął i zastosował na potrzeby obliczenia ceny prawidłowe stawki podatku VAT;
  - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. nie zawiera błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dającego podstawę do odrzucenia tej oferty i poprzez nieodrzućenie tej oferty mimo tego, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
  - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że treść oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. odpowiada treści SIWZ i poprzez nieodrzućenie tej oferty mimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
  - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu;
4. w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy Firma Budowlano -

Remontowa T.P.:

- naruszenie art, 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P., który kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art, 22a ust. 1 i art. 22a ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P.;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wykluczenia Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P.;
- 4) odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P.;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wskazał wykonawcom jakie stawki podatku VAT mają przyjąć na potrzeby obliczenia ceny. W konsekwencji to na wykonawcach spoczywał obowiązek wskazania prawidłowych stawek podatku VAT dla poszczególnych robót i prac objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący i wykonawca, którego oferta została wybrana, zastosowali częściowo inne stawki podatku VAT na potrzeby obliczenia ceny, co dotyczy w szczególności przyjęcia innych stawek podatku VAT dla wyposażenia medycznego i instalacji gazów medycznych stanowiących wyroby medyczne.

Oferta wykonawcy Firma Budowlano - Remontowa T.P. powinna zostać odrzucona, albowiem bezpodstawnie przyjęto jednolitą stawkę podatku VAT 23% dla całości przedmiotu zamówienia. W ramach tego bezzasadnie przyjęto stawkę podatku VAT 23% dla instalacji gazów medycznych i wyposażenia medycznego, które stanowią wyroby medyczne, tj. m.in. dla pozycji oznaczonych na stronach oferty: 148 do 151 oraz w punkcie 122.2 na stronie 91 oferty oraz w punkcie 195 d.2 na stronie 125 oferty. Przy czym wyposażenie medyczne i

instalacje gazów medycznych stanowią wyroby medyczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych i jako takie, zgodnie z art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług podlegają objęciu stawką podatku VAT 8%. Na gruncie prawa podatkowego zasadą jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług, zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do traktowania przedmiotu zamówienia jako świadczenia kompleksowego (złożonego) kwalifikującego się potencjalnie do objęcia jednolitą stawką podatku VAT 23%.

W przedmiotowej sprawie zarówno instalacja gazów medycznych, jak i wyposażenie medyczne są jednoznacznie wyodrębnione w ramach przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, które elementy zamówienia stanowią wyroby medyczne kwalifikujące się do objęcia podatkiem VAT w stawce 8%. W szczególności dla instalacji gazów medycznych sporządzona jest odrębna dokumentacja projektowa (projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiary robót). Dodatkowo dla instalacji gazów medycznych wymagane jest uzyskanie niezbędnych certyfikatów CE, co oznacza, że wskazana instalacja musi stanowić samodzielny i odrębny wyrób medyczny. Ponadto w Załączniku 12 do SIWZ opisano wyposażenie medyczne objęte przedmiotem zamówienia. W konsekwencji instalacja gazów medycznych i wyposażenie medyczne w ramach przedmiotu zamówienia mają samodzielny i autonomiczny charakter. Podkreślić przy tym należy, że wykonanie instalacji gazów medycznych i dostawa wyposażenia medycznego mogą być przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego, co również potwierdza samodzielny charakter wskazanej instalacji i wyposażenia. Co więcej, wykonanie instalacji gazów medycznych i dostawę wyposażenia medycznego mogą realizować podmioty, który w żaden sposób nie będą powiązane z wykonawcą realizującym roboty budowlane dotyczące budynku szpitala.

W konsekwencji brak zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT skutkuje błędem w obliczeniu ceny i obowiązkiem odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Firma Budowlana - Remontowa T.P. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. nie złożył prawidłowo wypełnionego arkusza parametrów technicznych dla myjni dezynfektora (tabela 11), albowiem nie wskazał „parametrów oferowanych” dla proponowanych urządzeń. Uchybienie to nie zostało poprawione lub uzupełnione, pomimo że Zamawiający wezwał wykonawcę do usunięcia wymienionego uchybienia. Zgodnie z Załącznikiem 12 do SIWZ (i z samego SIWZ) dla proponowanych urządzeń należało podać „parametry oferowane”, a dodatkowo załączyć stosowne dokumenty potwierdzające wskazane parametry. Nadto, wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż w ofercie nie objął całości przedmiotu zamówienia. Uchybienia te polegają m.in. na:

- a) nieujęciu i niewycenieniu w ofercie wykonania instalacji szpitalnego systemu teleinformatycznego, pomimo że Zamawiający wymagał jego wyceny (s. 113 - 114 oferty ww. Wykonawcy);
- b) nieujęciu i niewycenieniu w ofercie pozycji dotyczących przeniesienia baru bistro, wykonania fasad i świetlika dachowego (s. 102 oferty ww. Wykonawcy)
- c) nieujęciu i niewycenieniu w ofercie cokolików, obudowy łącznika, świetlika dachowego (wbrew m.in. odpowiedziom Zamawiającego na pytania z 17 maja 2018 r.);
- d) niewskazaniu w ofercie (w tym w szczególności w Zał. 1 do oferty) nazwy i adresu autoryzowanego serwisu gwarancyjnego wbrew wymogom Zamawiającego.

Ponadto wykonawca Firma Budowlano - Remontowa T.P. złożył w ramach oferty wewnątrznie sprzeczne i wykluczające się dokumenty i oświadczenia. W formularzu ofertowym i JEDZ (s. 5 formularza) wskazał, że nie zamierza korzystać z podwykonawców. Jednocześnie wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania m.in. instalacji gazów medycznych i ich certyfikowania. To zaś oznacza, że nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców. Również przedstawione zobowiązanie do udostępnienia zakładu występowanie podmiotu w charakterze podwykonawcy, co jest sprzeczne z oświadczeniami wykonawcy, który nie przewiduje udziału podwykonawców. W konsekwencji treść wskazanej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W sytuacji, jeżeli podmiot trzeci faktycznie ma nie być podwykonawcą, całkowicie chybione i bezpodstawne jest powoływanie się na zobowiązanie do udostępnienia zasobów zakładające występowanie podmiotu w charakterze podwykonawcy.

Pismem z dnia 31 lipca 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego oddalenie w całości jako złożonego przez wykonawcę, który nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania oraz jako bezzasadnego. Zamawiający wskazywał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na świadczenie kompleksowe. Z uwagi na powiązanie wykonania instalacji gazów medycznych z pozostałymi robotami budowlano-montażowymi, brak jest możliwości wyodrębnienia wykonania tej instalacji, jako osobnej, samodzielnej roboty budowlanej. Według Zamawiającego proces technologiczny nie pozwala na wyodrębnienie tych robót, gdyż są one ściśle powiązane ze sobą i nie jest możliwe ich wykonanie bez wprowadzenia sztucznego wydzielenia w umowie. W zaistniałej sytuacji, Zamawiający wykonuje budowę lub modernizację (remont) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej jako świadczenie główne. Zamawiający uważa, że właściwą stawką podatku od towarów i usług dla wykonania kompleksowego robót budowlano-montażowych, w tym dla instalacji gazów

medycznych wykonywanych w budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej, jest stawka 23%.

W zakresie zaoferowanej myjni Zamawiający wskazywał, że obaj wykonawcy podali tę samą myjnię, Podnosił, że Przystępujący składając dokument na wezwanie Zamawiającego, wprawdzie nie wypełnił kolumny z parametrami oferowanymi, jednak Zamawiający winien dokonywać oceny ofert przy założeniu, że wykonawca ją składający dokonuje to w celu uzyskania zamówienia. Ewentualne niedopatrzienia, które nie skutkują wykluczeniem wykonawcy lub koniecznością odrzucenia oferty, a które można uzupełnić za pomocą innych środków dowodowych, lub które są oczywiste w świetle innych faktów, należy rozstrzygać mając na uwadze ten fakt. Jednocześnie z przystąpieniem do odwołania, złożył on prawidłowo wypełnioną tabelę 11. Ponadto, Zamawiający zweryfikował parametry techniczne poprzez ściągnięcie katalogu oraz danych technicznych myjni z oficjalnej strony internetowej producenta. Wreszcie Zamawiający zna to urządzenie, ponieważ je użytkował już wcześniej oraz użytkuje obecnie i jest mu wiadome niejako „z urzędu”, że spełnia ono żądane parametry. Twierdzenie, iż Wykonawca nie wskazał w ofercie nazwy i adresu autoryzowanego serwisu gwarancyjnego, wbrew wymogom Zamawiającego, jest bezpodstawne. Zamawiający rozpatruje całość oferty, kompleksowo oceniając jej treść w poszczególnych fragmentach. Wykonawca np. w tabelkach nr 1-10 wskazał serwis Kendromed Sp. z o. o., ul. Sołtysowicka 25a, 51-168 Wrocław.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewycenionych elementów Zamawiający podnosił, że przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Zatem wykonawca będzie musiał wykonać wszelkie prace objęte przedmiotem zamówienia, nawet jeśli ich nie wycenił, a były objęte postępowaniem. Ponadto wybrany wykonawca w swojej ofercie złożył ogólne oświadczenia, zgodne z formularzem ofertowym. Odnosząc się do warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawca zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane. Ponadto nie żądał na etapie oceny ofert posiadania certyfikatów do odebrania instalacji gazów medycznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca T.P., prowadzący działalność pod firmą T.P. Firma Budowlano Remontowa z siedzibą w Maciejowej, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje**



**na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, uzupełnień Przystępującego udzielonych pismem z dnia 19 czerwca 2018 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 lipca 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z uwagi na poniższe. Dowód nr 1 - opinia wydana przez podmiot prywatny, z jej treści nie wynika, aby autor miał wgląd do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pytań do tej specyfikacji udzielanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż opinia mogła zostać sporządzona w oderwaniu od istotnych kwestii tego konkretnego postępowania przetargowego. Okoliczności te powodują, iż wartość dowodowa opinii w przedmiotowej sprawie jest znikoma i nie może mieć wpływu na stanowisko Izby. Ponadto opinia ta ma charakter opinii prywatnej, wydanej na zlecenie Odwołującego, zainteresowanego określonym rozstrzygnięciem sporu i z uwagi na to może być traktowana wyłącznie jako stanowisko strony w sprawie. Izba uznała także, że przeprowadzenie dowodu nr 2 i 3 Odwołującego spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp) oraz pozostają bez znaczenia dla niniejszego postępowania, tym bardziej że nie przedstawiono w zakresie dowodu nr 3 skierowanego do podmiotu zapytania ani nie zweryfikowano poprawnej wysokości stawki podatku VAT.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje budowę pawilonu dla potrzeb Oddziału Ginekologiczno Położniczego i Neonatologii z Intensywną Terapią Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu wraz z łącznikiem pomiędzy projektowanym budynkiem a istniejącym budynkiem Onkologii, przeniesienie baru „Bistro” do nowej lokalizacji, wraz z wewnętrzną instalacją elektryczną i niskoprądową, wewnętrzną instalacją wod.kan., instalacją kanalizacji deszczowej, podciśnieniowej, instalacją c.o., instalacją wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacją klimatyzacji (freonowej), instalacją gazów medycznych, węzłem przyłączeniowym bezpośrednim z wymiennikiem CWU i układem dezynfekcji chemicznej CWU, wraz z zagospodarowaniem terenu oraz uzbrojeniem obejmującym budowę i przebudowę: sieci i przyłączy wodociągowych, sieci kanalizacji sanitarnej, sieci i kanalizacji deszczowej, sieci energetycznych na działkach nr 1/4, 2/4, 119/1,

35, 34/1 w obr. 73 przy ul. Młyńskiej (kategoria obiektu XI) oraz rozbiórka budynku byłej pralni Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu działki nr ¼, 2/4, 119/1, 35, 34/1 w obr.73 przy ulicy Młyńskiej w zakresie robót budowlanych określonych w dokumentacji projektowej .

W postępowaniu złożono dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego. Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty zastosował procedurę odwróconą.

Pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia tabeli 11 w zakresie kolumny parametr oferowany. Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. Przystępujący przekazał tabelę 11, uzupełniając jedynie wiersz 31 (liczba lokalizacji autoryzowanych punktów serwisowych) oraz wiersz 32 (autoryzowany punkt serwisowy).

W dniu 4 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T.P., prowadzącego działalność pod firmą T.P. Firma Budowlano Remontowa z siedzibą w Maciejowej.

#### Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Stanowisko Zamawiającego jakoby Odwołujący nie miał interesu prawnego jest bezpodstawne. Ustawa Pzp zawiera własną regulację w zakresie interesu we wniesieniu odwołania. Odnosi się ona do interesu ekonomicznego danego wykonawcy, a w niniejszej sprawie, niewątpliwie w sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem kryteriów oceny ofert. Ponadto, nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego o czynnościach dokonywanych w ramach procedury odwróconej. W szczególności nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że Zamawiający nie musiał odrzucać oferty Odwołującego (ze względu na niewłaściwą stawkę podatku VAT) na tym etapie postępowania z uwagi na zastosowanie procedury przewidzianej w art. 24aa ustawy Pzp. Należy wskazać, że procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający wpierw dokonuje badania ofert pod

kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty, a następnie ocenia je z zastosowaniem kryteriów oceny ofert. Weryfikacja podmiotowa (czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu) dokonywana jest wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji, ale nie została jeszcze wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Bez znaczenia pozostają hipotetyczne rozważania Zamawiającego o możliwości odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błędną stawkę podatku VAT, skoro Zamawiający nie dokonał faktycznie tej czynności.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała: *Wypełniony formularz ogólny (załącznik nr 1) +przedmiar robót (kosztorys ofertowy – przedmiar robót) +wypełniony załącznik nr 12 Parametry techniczne, Oświadczenia wymienione w punkcie 1 – 4 Część III. INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW specyfikacji (zał. nr 3), Pełnomocnictwo, Dowód wniesienia wadium.* Załącznik nr 12 składał się z wielu tabel, w tym z tabeli 11 dotyczącej wymagań techniczno-użytkowych myjni dezynfektor (płuczka - dezynfektor) – 6 szt. Zgodnie z tabelą wykonawca był zobowiązany podać oferowany model, kraj pochodzenia, rok produkcji oraz producenta, a następnie uzupełnić tabelę zawierającą opis parametrów w 32 wierszach poprzez podanie przy każdym wierszu oferowanego parametru. Tabela zawierała również kolumnę z wyszczególnionymi wymogami granicznymi. Pod tabelą znajdowała się uwaga, że niespełnienie wymaganych parametrów i warunków spowoduje odrzucenie oferty. Przystępujący w złożonej ofercie przedłożył tabelę 11 z danymi ogólnymi (oferowany model, kraj pochodzenia, rok produkcji oraz producent), nie uzupełniając samej tabeli w ramach oferowanych poszczególnych parametrów. Na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie kolumny z oferowanymi parametrami Przystępujący uzupełnił jedynie wiersz 31 (liczba lokalizacji autoryzowanych punktów serwisowych) oraz wiersz 32 (autoryzowany punkt serwisowy), a całą tabelę przedłożył dopiero na etapie postępowania odwoławczego (wraz z przystąpieniem).

Nie jest trafne posługiwanie się przez Zamawiającego argumentem, że zweryfikował parametry techniczne poprzez ściągnięcie katalogu oraz danych technicznych myjni z oficjalnej strony internetowej producenta oraz że zna to urządzenie, ponieważ je użytkował wcześniej i użytkuje obecnie. Skoro Zamawiający wymagał wskazania w tabeli konkretnych parametrów oferowanego sprzętu, to znaczy, że do danego urządzenia powinny być przyporządkowane określone cechy, wyszczególnione przez Zamawiającego. Weryfikacja poszczególnych wymogów „na własną rękę” przez Zamawiającego jest niedopuszczalne w niniejszym stanie faktycznym z uwagi na naczelne zasady równego traktowania

wykonawców i uczciwej konkurencji. To na wykonawcy ubiegającym się o dane zamówienie spoczywa obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu.

Na podstawie wypełnionej przez Przystępującego tabeli można byłoby stwierdzić co jest faktycznie oferowane. Informacje te czytane razem pozwalają na jednoznaczną identyfikację oferowanego wyrobu na etapie oceny ofert i weryfikację jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Zgodność oferty z treścią postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści złożonych przez wykonawcę dokumentów można stwierdzić, że istotne postanowienia zawarte w ofercie (dokumentach składających się na nią) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zatem, informacje zawarte w tabeli 11 winny identyfikować jednoznacznie przedmiot oferty wykonawcy co do tożsamości, w szczególności w zakresie wymienionych poszczególnych danych. Wymaganie Zamawiającego nie zostało sprowadzone do określenia zaoferowanego produktu jako zgodnego z SIWZ, ale takiego jego dookreślenia, aby nie tylko możliwym było ustalenie co konkretnie jest przedmiotem oferty, ale również aby Zamawiający mając takie dane, był w stanie zweryfikować czy produkt zaoferowany spełnia wymagania postawione wobec niego w SIWZ. Nie sposób więc uznać, że wypełnienie tabeli 11 było pozbawione znaczenia czy też miało jedynie informacyjny charakter.

Nadto, uwzględniając art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne modyfikowanie treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Zmiany, względnie wycofanie oferty, są dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert. Dodatkowo, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16). Zatem uzupełnianie tabeli 11 na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niedopuszczalne.

Reasumując, analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, potwierdza, iż żądane przez Zamawiającego wymagania techniczno-użytkowe, stanowiły merytoryczną treść oferty. Tym samym, brak wskazania w

treści tabeli nr 11, wymaganych przez Zamawiającego informacji dotyczących oferowanych parametrów stanowi podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tożsama argumentacja dotyczy braku wskazania adresu i nazwy autoryzowanego serwisu, co zdaniem Izby może uniemożliwić weryfikację Zamawiającemu spełnienia jego wymogu w zakresie warunków gwarancji. Zgodnie z pkt II oferty – formularza ogólnego należało podać *Szczegółowe warunki gwarancji i serwisu zawiera załącznik nr ..... do oferty, który w szczególności winien zawierać:*

- *czas reakcji serwisu technicznego od chwili zgłoszenia awarii (max 12 godz.),*
- *adres i nazwę autoryzowanego serwisu ,*
- *warunki przeglądów (należy podać ilość bezpłatnych przeglądów w okresie gwarancji).*

Przystępujący nie wskazał w ofercie (w tym w szczególności w załączniku 1 do oferty) nazwy i adresu autoryzowanego serwisu gwarancyjnego. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że oferta oceniana jest jako całość, w sposób kompleksowy. Niemniej o kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści, czy wskazania w wybiórczych tabelach (przykładowo autoryzowany serwis gwarancyjny nie został pierwotnie podany w tabeli 11, a tabela 10 nie zawiera w ogóle informacji dotyczącej serwisu). Ogólnikowe sformułowania mogą oczywiście mieć znaczenia w sytuacjach, w których zamawiający nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Odwołujący, tabele 1-10 dotyczą konkretnych urządzeń medycznych, natomiast załącznik nr 1 do oferty dotyczy warunków gwarancji i serwisów obejmujących zainstalowane urządzenia, aparaturę, sprzęt, systemy, a więc realizację całego zamówienia.

Pozostałe zarzuty z odwołania nie potwierdziły się.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, Izba uznała zarzut za niezasadny. Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie obiektu budowlanego, czyli wykonanie robót budowlanych. W ich skład wchodzi m.in. roboty budowlane w branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych. Oś sporu między stronami dotyczyła ustalenia czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, opodatkowanym jednolitą stawką podatkową, czy też świadczenia te winny być do opodatkowania traktowane jako odrębne. Konieczne było więc ustalenie, czy usługa składowa przedmiotu zamówienia, polegająca na wykonaniu instalacji gazów medycznych, stanowi dla Zamawiającego cel podstawowy, czy też jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, bez której zamówienie może zostać wykonane. W ocenie Izby fakt, że w wyniku wykonania robót w

zakresie instalacji gazów medycznych powstanie wyrób medyczny, który jest objęty szczególnymi wymogami co do certyfikacji i dopuszczenia do użytkowania, nie zmienia charakteru samych robót i nie umożliwia potraktowania ich w tej części jako dostawy towaru w rozumieniu ustawy o VAT. Nadal są to roboty w branży instalacyjnej, będące nieodzowną częścią robót budowlanych, składających się na wybudowanie pawilonu. Ocena czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym winna być dokonywana również przy uwzględnieniu specyfiki potrzeb odbiorcy – zamawiającego. Izba podziela argumentację Odwoływającego, że generalną zasadą jest uznanie poszczególnych świadczeń za niezależne od siebie i tym samym opodatkowanie każdego z nich właściwą dla danego świadczenia jednostkową stawką VAT. Niemniej w sytuacji gdy świadczenia stanowią dla zamawiającego całość ekonomiczną, nie należy ich sztucznie rozdzielać.

W przypadku realizacji nowego obiektu, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, rozważanie teoretycznej możliwości wyodrębnienia części robót budowlanych i powierzenia ich innemu wykonawcy powinno zdecydowanie prowadzić do negatywnego wyniku. Przedmiot zamówienia jest w tym przypadku świadczeniem złożonym, pomiędzy jego poszczególnymi elementami istnieje funkcjonalny i technologiczny związek. Zamawiający określił go jako usługę kompleksową, zawierającą w sobie szereg sprecyzowanych w SIWZ czynności mających na celu budowę pawilonu - od budowy obiektu, poprzez wewnętrzne instalacje, kończąc na zagospodarowaniu terenu oraz uzbrojeniu. Z punktu widzenia Zamawiającego można wywnioskować, że dopiero wykonanie wszystkich zadań w ramach działań podejmowanych w zakresie zamówionej usługi kompleksowej składało się na osiągnięcie celu gospodarczego, jakim jest budowa pawilonu. Dlatego też instalacja gazów medycznych nie stanowi nowej, wartości, a jedynie środek do osiągnięcia celu. Zatem, dopiero wszystkie zadania składające się na objęte zamówieniem świadczenie kompleksowe stanowiły gospodarczą całość. Ponadto, w ocenie Izby instalacja gazów medycznych nie została zamówiona, gdyby nie świadczenie główne, jakim było wybudowanie pawilonu.

Prezentowane stanowisko jest zgodne z pojęciem usługi kompleksowej, wprowadzonej do praktyki obrotu gospodarczego wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-349/96. W uzasadnieniu tego orzeczenia TSUE wskazał, że gdy kilka świadczeń obejmuje jedną usługę, nie można dzielić jej sztucznie dla celów podatkowych. Równocześnie TSUE wyodrębnił usługę zasadniczą i pomocniczą wskazując, iż usługa pomocnicza nie może stanowić celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W sprawie C-41/04 TSUE wskazał natomiast, iż z punktu widzenia odbiorcy poszczególne świadczenia w usłudze kompleksowej powinny być tak ściśle ze sobą związane, że w aspekcie gospodarczym są jednym świadczeniem, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W sprawie C-34/99 TSUE wskazał, iż w

przypadku wykonywania wielu świadczeń, jedno z nich powinno zostać uznane za usługę główną, a pozostałe za usługi pomocnicze (dla celów podatkowych traktowane jak usługa główna) - wtedy gdy usługi pomocnicze nie są dla nabywcy celem samym w sobie, a są jedynie środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt XXIII Ga 1442/12).

Izba podziela pogląd Zamawiającego, że przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi obejmujące wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowane w ramach wykonania budowy pawilonu. Zatem podlegają one opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT. Powyższe uzasadnia zastosowanie jednolitej podstawowej stawki podatku VAT dla całego zamówienia, przez co należy uznać, że wykonawca, którego oferta została wybrana, zastosował właściwą stawkę podatku VAT.

Następnie Odwołujący zarzucał Przystępującemu: nieujęcie i niewycenienie w ofercie wykonania instalacji szpitalnego systemu teleinformatycznego pomimo, że Zamawiający wymagał jego wyceny; nieujęcie i niewycenienie w ofercie pozycji dotyczących przeniesienia baru bistro, wykonania fasad i świetlika dachowego oraz nieujęcie i niewycenienie w ofercie cokolików, obudowy łącznika, świetlika dachowego.

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ – Opis sposobu przygotowania oferty (pkt 6): Cena oferty:

*a) ceny oferowane winny być wyrażone w PLN;*

*b) oferowana cena to cena ryczałtowa ( w rozumieniu art. 632 Kodeksu cywilnego) brutto oferty za wykonanie zadania, uwzględniająca wszystkie rabaty i traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego. Cena powinna zawierać wszelkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem zamówienia. Ogólna cena oferowana powinna obejmować koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji, powinna także obejmować koszty robót nie ujętych w SIWZ, a które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy (m. in. roboty budowlane wynikające z SIWZ, wykonanie wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, zagospodarowania placu budowy, utrzymanie zaplecza budowy, likwidacja placu budowy, uzyskanie niezbędnych uzgodnień, opinii i pozwoleń, badań, zezwoleń i opinii wymaganych podczas odbioru końcowego robót, koszty obsługi geodezyjnej i dokumentacji powykonawczej itp.). Cenę ryczałtową należy obliczyć w oparciu o SIWZ (przedmiary robót) oraz inne koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia;*

*c) cena ryczałtowa brutto musi być określona do dwóch miejsc po przecinku (słownie i liczbowo) i zawierać:*

*- wartość netto oferowanego przedmiotu zamówienia (cena netto podana słownie i liczbowo)*

- podatek VAT (...).

Zgodnie ze wzorem oferty - formularz ogólny, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy powinni podać cenę oferty jako kwotę netto, podatek VAT i kwotę brutto. Ponadto, zgodnie z § 11 projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ):

1. *Wartość umowy strony ustalają w wysokości (jest to wynagrodzenie ryczałtowe) – zgodnie z ofertą przetargową:*

*netto: ..... Zł (słownie: ..... złotych 00/100)*

*podatek VAT: ..... zł (słownie: ..... złotych 00/100)*

*brutto: ..... zł (słownie: .....złotych 00/100)*

2. *Rozliczenie robót będzie odbywać się fakturami częściowymi po zakończeniu danego etapu robót (danego etapu robót wchodzącego w skład głównego etapu) i fakturą końcową.*

3. *Faktury częściowe wystawiane będą po wykonaniu i odebraniu przez Zamawiającego danego etapu robót, a regulowane będą w terminie 30 - dniowym od daty otrzymania przez Zamawiającego faktury i protokołu odbioru wykonanych części robót.*

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. W takiej sytuacji należy uznać, że przedmiary robót stanowiące podstawę oferty wykonawcy, mają charakter pomocniczy (poglądowy). Jeżeli bowiem strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodnione wynagrodzenie należy się za cały - zarówno znany, jak i nieznaną dokładnie od początku - przedmiot zamówienia. Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 11 z dnia 17 maja 2018 r. Zamawiający dopuścił zmianę ilości, opisów, jednostek miar oraz podstaw wyceny w przedmiarach. W związku z powyższym Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutów dotyczących złożenia wewnętrznie sprzecznych oświadczeń oraz podwykonawstwa Izba uznała, że zarzut również nie potwierdził się. Po pierwsze zarzut Odwołującego nie koresponduje z jego uzasadnieniem faktycznym. Odwołujący zarzuca niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, a kwestionuje jedynie jedną usługę wskazaną przez Przystępującego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wystarczyło przedstawić dwie roboty budowlane, podczas gdy Przystępujący wykazał trzy. Odwołujący nie kwestionował dwóch pozostałych robót. Ponadto, zamawiający nie wymagał na etapie badania i oceny ofert posiadania uprawnień do wykonywania instalacji medycznych i ich certyfikowania. Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że skoro Przystępujący oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców, to na etapie realizacji umowy nie będzie mógł skorzystać z takiej możliwości. W przypadku braku zastrzeżenia obowiązku wykonania kluczowych części zamówienia na roboty budowlane osobiście należy uznać za dopuszczalne co do zasady powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, mimo braku takiej deklaracji w ofercie. Tym bardziej że zgodnie z art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp



jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Izba nie widzi też sprzeczności między złożonymi przez Przystępującego oświadczeniami. Odwołujący podnosił, że przedłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., wskazującego na występowanie ww. spółki w charakterze podwykonawcy, jest sprzeczne z oświadczeniem złożonym w JEDZu oraz formularzem ofertowym. Zarówno bowiem w części V formularza ofertowego, jak i na str. 5 JEDZa Przystępujący oświadczył, że nie zamierza korzystać z podwykonawców. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że czym innym jest poleganie na zdolnościach innego podmiotu na mocy art. 22a ustawy Pzp, a czym innym wskazanie podwykonawców, którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia na mocy art. 36a ustawy Pzp. Nawet sam formularz JEDZ precyzuje to zagadnienie, bowiem sekcja D części II JEDZa zawiera informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega.

Skład orzekający Izby wskazuje również, że nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:** .....