

Sygn. akt: KIO 898/16

KIO 899/16

KIO 901/16

WYROK
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Ewa Kisiel

Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Puchalski

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

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

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta,

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A.

- z siedzibą w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzibą w Rzymie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 po stronie Zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16 i KIO 901/16 po stronie Zamawiającego,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Ed Zueblin AG z siedzibą w Stuttgarcie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 899/16 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 898/16:
- 1.1. oddała odwołanie,
- 1.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet jego kosztów kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
2. w sprawie o sygn. akt KIO 899/16:
- 2.1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
- 2.1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.1.2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2.1.3. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, NBI S.p.A. z siedzibą w Rzymie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp,
- 2.1.4. powtórne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 2.2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,
- 2.3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
- 2.3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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

3.1. oddała odwołanie,

3.2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet jego kosztów kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 898/16

KIO 899/16

KIO 901/16

Uzasadnienie

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

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

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

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

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

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

Sygn. akt KIO 898/16

Odwołujący zaskarżył:

1. nieuprawnione odrzuceniu jego oferty, pomimo że nie zawiera błędu w obliczeniu

ceny,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny,
3. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty Odwołującego i jej odrzucenie, pomimo że nie zawiera błędów w obliczeniu ceny oraz przez zaniechanie jego zastosowania do oferty złożonej przez Konsorcjum A,
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum A, pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum A jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum A,
4. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a przez to we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że złożył w Postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu. W ocenie Odwołującego jego oferta jest jedyną ważną ofertą i jako taka powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na skutek zaskarżonych czynności Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. W jego interesie pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W piśmie z dnia 17 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wskazując, że zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wskazał, że w toku badania złożonej oferty stwierdził, jakoby Odwołujący w formularzu „Oferta”, w części II – „Roboty budowlane” do wyliczenia ceny dla niżej wyliczonych pozycji zastosował odpowiednio: w poz. 1 (roboty budowlane) – dwie stawki VAT w wysokości 23 % i 8 %, w poz. 6 (instalacje gazów medycznych) – dwie stawki VAT w wysokości 8 % i 23 %. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący we wszystkich pozycjach formularza powinien zastosować stawkę VAT w wysokości 23 %.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający podniósł, że przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala objęta podstawową stawką VAT, natomiast wyposażenie podlegające wbudowaniu w strukturę budynku oraz instalacja gazów medycznych mają charakter

pomocniczy i są środkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych. Usługę należy uznać za pomocniczą, jeżeli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, co ma miejsce w przypadku przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Odnosząc się do formularza „Oferty” Odwołującego, zarówno w zakresie wyposażenia uwzględnionego w kosztorysie robót budowlanych, jak i instalacji gazów medycznych, które będą wykonywane w ramach budowy Szpitala jako świadczenia głównego, należało – zdaniem Zamawiającego – uznać, że stanowią część składową robót budowlanych, a co za tym idzie – podlegają opodatkowaniu podstawową stawką VAT, tj. 23 %, zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2011.177.1054 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą o VAT”. Zdaniem Zamawiającego powiązanie wykonania ww. z pozostałym robotami budowlanymi w tzw. procesie technologicznym budowy uniemożliwia ich wyodrębnienie.

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

Roboty, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia nie stanowią usługi kompleksowej, lecz obejmują zarówno świadczenia podlegające opodatkowaniu podstawową stawką w wysokości 23%, jak również świadczenia, do których zasadne jest zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 8%. Bezsporne jest, że na przedmiot zamówienia składa się szereg czynności (różnych prac i dostaw materiałów budowlanych, wyposażenia szpitalnego itp.), do których zastosowanie mają, co do zasady, różne stawki VAT. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przeważająca część świadczeń wykonawcy podlega opodatkowaniu wg. stawki podstawowej w wysokości 23%, co nie zmienia jednak faktu, że niektóre świadczenia podlegać powinny stawce obniżonej.

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

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

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

Odwołujący podkreślił, że przedmiar dostarczony przez Zamawiającego wskazuje na podział świadczenia wskazanego w pkt 6 druku „Oferty”, nazwanego przez Zamawiającego zbiorczo „Instalacja gazów medycznych”, na faktyczną instalację gazów medycznych, która stanowi wyrób medyczny oraz na m.in. instalowanie urządzeń regulacji gazu – stacja sprężarek pow. pozamedycznego (technicznego) – poz. 1.10 Przedmiaru Instalacji Gazów Medycznych oraz inne określone w Przedmiarze przez Zamawiającego towary i prace, które nie składają się na wykonanie instalacji gazów medycznych – wyrobu medycznego. Stosując zatem obowiązujące przepisy prawa podatkowego, w oparciu o Przedmiar dostarczony przez Zamawiającego, Odwołujący wyróżnił instalację gazów medycznych, stanowiącą w całości wyrób medycznych (dalej „Wyrób”), której dostawa podlegała opodatkowaniu według obniżonej 8 % stawki VAT oraz prace i towary, w tym instalacje gazów pozamedycznych, które nie mogą zostać zakwalifikowane do Wyrobu i które podlegają opodatkowaniu według podstawowej 23 % stawki VAT. Dostawa Wyrobu,

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

Sporną kwestią jest natomiast to czy świadczenia wykonywane w ramach umowy stanowią, jak twierdzi Zamawiający, świadczenia kompleksowe, czy też składające się na nią prace budowlane i dostawy wyrobów medycznych (wraz z instalacją przedmiotowych wyrobów medycznych) stanowią dla celów Ustawy o VAT odrębne świadczenia. W przypadku, gdyby ww. świadczenia były świadczeniem złożonym podlegałyby w całości stawce właściwej dla elementu wiodącego (tj. prac budowlanych podlegających opodatkowaniu stawką podstawową 23%).

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

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

Odwołujący przytoczył następnie wynikające z przywołanego orzecznictwa wskazania

w zakresie kwalifikowania świadczeń:

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

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji należy rozważyć, czy prace budowlane i dostawy wyrobów medycznych składające się na przedmiot zamówienia są ze sobą tak nierozwalanie związane, że z gospodarczego punktu widzenia stanowią pewną całość, a ich rozdzielanie miałyby charakter sztuczny. W jego ocenie nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby stanowisko Zamawiającego w kwestii ustalenia właściwej stawki VAT odzwierciedlał również sposób opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego dokumenty dostarczone przez Zamawiającego wyraźnie wskazują na podział czynności składających się na przedmiot zamówienia wyodrębniając poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia. Na str. 20-21 SIWZ Zamawiający wskazał, że elementem zamówienia ma być wyposażenie chłodni i sali sekcijnej. Załączony przedmiar wymienia szczegółowo szereg prac i elementów składających się na umowę, w tym również (jak już wskazano powyżej) wskazuje, że część z nich podlega opodatkowaniu stawką 8%. Jednocześnie w ramach przedmiaru obejmującego instalację gazów medycznych wyliczony jest szereg świadczeń w sposób pozwalający na wyodrębnienie Wyrobu, którego dostawa i montaż na podstawie przepisów prawa podatkowego podlega opodatkowaniu według obniżonej stawki VAT.

W ocenie Odwołującego, wydzielenie poszczególnych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia nie ma obiektywnie charakteru sztucznego. Na str. 20 SIWZ Zamawiający wskazał, że „[...]przedmiot zamówienia nie obejmuje dostaw wyposażenia Szpitala, z wyłączeniem dostaw niezbędnych do wykonania robót budowlanych, a przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej i przetargowej (załączonej do SIWZ) oraz wyposażenia pomieszczeń chłodni i Sali sekcijnej[...]”. Zatem sam Zamawiający wskazuje, że dokonuje zamówienia ponad samą budowę szpitala, skoro zamawia również

wyposażenie wskazanych pomieszczeń, jak również instalacje (np. gazów medycznych), która mogłaby być zamówiona oddzielnie od samych robót związanych z budową obiektu Szpitala i od innych podmiotów.

Odwołujący podkreślił, że możliwe jest wyodrębnienie wskazanych dostaw wyrobów medycznych (elementów wyposażenia Szpitala i Wyrobu) również w technologicznym procesie budowy obiektu. Przykładowo, (1) z uwagi na różnorodne wymogi prawne i techniczne dla każdego z elementów zamówienia w związku z jego realizacją będzie specjalna dokumentacja techniczna (w tym dla Wyrobu); (2) wykonany Wyrób może być dopuszczony do użytkowania wyłącznie po przeprowadzeniu procesu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego zgodnie z przepisami Ustawy, (3) w zamówieniu wskazano wymóg dysponowania co najmniej jedną wykwalifikowaną osobą wyznaczoną do sprawowania funkcji kierownika robót sanitarnych, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej m.in. w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych.

Odwołujący wyraził zapatrywanie, że nie ma przeszkód, aby prace te wykonane zostały przez inny podmiot lub aby zostały wykonane *post factum*, po wykonaniu prac typowo budowlanych. Podał, że potencjalny wykonawca zamówienia, niezależnie od przyjętego sposobu wynagrodzenia przez Zamawiającego, będzie w stanie odrębnie określić wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie (w tym instalacji gazów medycznych).

Na potwierdzenie powyższych twierdzeń Odwołujący powołał się na interpretację ogólną Ministra Finansów, interpretacje indywidualne organów skarbowych i orzecznictwo Izby.

Podsumowując odwołanie Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum A zawiera błąd co do ceny poprzez dokonanie jej kalkulacji z zastosowaniem jednolitej stawki VAT w wysokości 23%. Nie jest bowiem prawidłowe, aby przedmiot zamówienia został uznany na gruncie obowiązujących przepisów za świadczenie kompleksowe dla celów VAT. Uznawanie świadczeń złożonych ma charakter wyjątkowy, a traktowanie świadczeń jako rozdzielnych jest zasadą jaka obowiązuje na gruncie podatku VAT i jaka przytaczana jest w orzeczeniach TSUE oraz sądów administracyjnych.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że również oferty dwóch pozostałych odwołujących zawierają błędy polegające na błędnym zastosowaniu w poz. 6 formularza druku „Oferty”, w części II – „Roboty budowlane” jedynie 8 % stawki VAT. Dokładna analiza zakresu przedmiotowego zamówienia związanego ze wzmiankowaną poz. 6 formularza

„Oferty” prowadzi do wniosku, iż pozycja ta pomimo swojej nazwy („Instalacje gazów medycznych”) w rzeczywistości referowała do dwóch różnych instalacji, tj. Wyrobu oraz instalacji gazów pozamedycznych, do których zalicza się powietrze pozamedyczne. Potwierdzeniem tego są zapisy w Projekcie Wykonawczym – tom KR-1001-W-SP-PW-ABC-VI/1 – Projekt Instalacji Gazów Medycznych, w którym wyróżnia się stację sprężonego powietrza pozamedycznego. W związku z tym nie ulega również wątpliwości, iż ww. wykonawcy błędnie zastosowali tylko 8 % stawkę VAT w odniesieniu do zakresu ujętego w poz. 6 (instalacja gazów medycznych), ponieważ dla prac, które nie obejmują instalacji gazów medycznych (stacja sprężonego powietrza pozamedycznego) należy zastosować stawkę VAT w wysokości 23% .

Sygn. akt KIO 899/16

Odwołujący zaskarżył:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum A,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum E, pomimo że nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert,
5. odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomimo że nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy w okolicznościach sprawy wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty było konieczne i mogło w efekcie skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności innych niż odrzucenie oferty Odwołującego,
2. art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy o VAT przez przyjęcie, że wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi usługę kompleksową opodatkowaną stawką 23 %, podczas gdy świadczenia te, w świetle przepisów ww. ustawy, orzecznictwa TSUE oraz NSA, nie powinny być traktowane jako świadczenia kompleksowe, co powoduje konieczność ich odrębnego opodatkowania, tj. w zakresie usług budowlanych stawką 23 %, natomiast w zakresie dostawy wyrobów medycznych stawką 8 %,
3. art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy o VAT przez błędne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że wyposażenie obiektu szpitala w wyroby medyczne

- wskazane w SIWZ, realizowane w ramach zamówienia publicznego polegającego na budowie szpitala, powinno być opodatkowane stawkę 23 %, podczas gdy z przepisów Ustawy o VAT wynika, że świadczenia w postaci wyposażenia obiektu szpitala w wyroby medyczne oraz usługi budowlane opodatkowane są odmiennymi stawkami VAT, tj. 8 % i 23 %, gdyż nie stanowią usługi kompleksowej,
4. art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT przez uznanie za nieprawidłowe zastosowanie stawki VAT 8 % w zakresie wyposażenia szpitala w wyroby medyczne realizowanego w ramach zamówienia publicznego w postaci budowy szpitala, pomimo że w tym zakresie istniał obowiązek opodatkowania VAT stawkę 8 %, albowiem zgodnie z ww. przepisami stawka ta ma w takim przypadku zastosowanie, nawet wtedy gdy wyposażenie szpitala w wyroby medyczne jest częścią realizacji zamówienia publicznego, w ramach którego przeważający zakres prac dotyczy wykonania usług budowlanych opodatkowanych stawką 23 %,
 5. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez jego błędne zastosowanie, w konsekwencji czego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny,
 6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum I, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
 7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami, co narusza dobre obyczaje kupieckie,
 8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Znk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
 9. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu cenami, co narusza dobre obyczaje kupieckie,
 10. ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,
 11. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum E, pomimo że nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert,
 12. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niewskazanie wszystkich okoliczności prawnych oraz faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Konsorcjum Inso oraz wykluczenie Konsorcjum E,
 13. art. 7 ust. 1 i innych przepisów Pzp wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

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

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, która nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Oferta Odwołującego jest pierwszą w kolejności ofertą, w związku z powyższym, w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w Postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XXII SIWZ oferta powinna była zawierać propozycję ceny brutto, tj. obliczonej w sposób określony w ust. 2-8 i powiększonej o podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie (pkt 1). Ponadto, co również wynika z pkt XXII SIWZ, kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową, w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR (pkt 5).

W dniu 7 grudnia 2015 r., w odpowiedzi na pytanie nr 8, Zamawiający w sposób jednoznaczny nie wyraził zgody na złożenie wraz z ofertą kosztorysów w wersji uproszczonej. Z kolei w ramach odpowiedzi na pytanie 63 Zamawiający podtrzymał wymóg przedstawienia kalkulacji ceny za roboty budowlane w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone metodą szczegółową, a dla lepszego zrozumienia wyceny tą metodą, przekazał przykładową wycenę jednej pozycji w kosztorysie szczegółowym. W dniu 27 stycznia 2016 r., w odpowiedzi na pytanie nr 75, Zamawiający dopuścił wycenę w formie uproszczonej jedynie dostaw urządzeń, z zastrzeżeniem, że montaż, instalacja, próby itp. muszą być wyceniane w formie kalkulacji szczegółowej.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„[...]Zamawiający zatrzymuje wadium:

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

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

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

„[...]Zamawiający zatrzymuje wadium:

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

Odwołujący wyjaśnił, że w Postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Ceny ofert kształtowały się w następujący sposób:

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

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

Odwołujący oświadczył, że jego oferta odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że błąd polegał na zastosowaniu niezgodnej z obowiązującymi przepisami stawki VAT w zakresie wyceny poszczególnych elementów składających się na cenę oferty. Zamawiający podniósł, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w Rozdziale XXII SIWZ, oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, obliczoną w sposób określony w ust. 2-8 ww. rozdziału i powiększoną o podatek VAT wyliczony według stawki wynikających z przepisów obowiązujących w tym zakresie, co miało być odzwierciedlone w druku „Oferta” stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W toku badania złożonej przez Odwołującego oferty, Zamawiający stwierdził, iż w formularzu druk „Oferta” w części II – „Roboty budowlane”, Odwołujący do wyliczenia ceny dla niżej wymienionych pozycji zastosował odpowiednio:

1. w poz. 1 (roboty budowlane) – dwie stawki podatku VAT w wysokościach: 23% i 8%,
2. w poz. 6 (instalacje gazów medycznych) – stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

W opinii Zamawiającego, Odwołujący powinien być dla ww. pozycji zastosować jedną, 23% stawkę VAT. Uzasadnił to faktem, iż budowa Szpitala Południowego w Warszawie jest usługą złożoną (kompleksową), na którą składają się roboty budowlane związane z wykonaniem obiektu szpitala oraz roboty związane z wyposażeniem tegoż szpitala w instalacje, takiej jak wentylacja, c.o., instalacje elektryczne, gazowe (w tym instalacje gazów medycznych), teletechniczne, itp. Na usługę złożoną składa się kombinacja różnych czynności prowadzących do realizacji określonego celu – wykonania świadczenia głównego, które składają się różne świadczenia pomocnicze. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest budowa szpitala objęta podstawową stawką podatku VAT, natomiast wyposażenie podlegające wbudowaniu w strukturę budynku oraz instalacje gazów medycznych mają charakter pomocniczy i są środkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych, przy czym usługę należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, co w ocenie Zamawiającego, ma miejsce w przypadku realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Zamawiający wskazał również, iż jego stanowisko w kwestii ustalenia właściwej stawki podatku VAT odzwierciedla również sposób opisu przedmiotu zamówienia, który został opisany za pomocą dokumentacji projektowej i przetargowej z uwzględnieniem kodów CPV, bez wskazywania elementów zamówienia, które mogą stanowić samodzielną część przedmiotu świadczenia, podlegającą odbiorowi końcowemu i umożliwiającą użytkowanie tego wyodrębnionego elementu, bez wykonywania pozostałych robót budowlanych. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zarówno w zakresie wyposażenia uwzględnionego w kosztorysie dla robót budowlanych, jak i w zakresie instalacji gazów medycznych, które będą wykonywana w ramach budowy Szpitala jako świadczenia głównego, powinien być przyjąć podstawową stawkę VAT dla całego świadczenia.

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

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

a który niezgodną. W każdym bowiem przypadku, w którym Zamawiający dokonuje takiej oceny, decydujące jest brzmienie obowiązujących przepisów, a nie subiektywne przekonanie Zamawiającego. Tym samym, oś sporu stanowią przepisy podatkowe i praktyka ich stosowania, które przesądzają, iż Odwołujący zastosował stawki VAT zgodne z obowiązującymi przepisami. Istota zagadnienia sprowadza się do problematyki świadczeń kompleksowych. W ocenie Zamawiającego mamy do czynienia z jednym świadczeniem kompleksowym - budową szpitala, opodatkowaną stawką 23 %. Z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje jedno świadczenie kompleksowe w postaci budowy szpitala, Zamawiający wywodzi przede wszystkim z opracowanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zamawiający twierdzi zatem, że sposób określenia (opisania) przedmiotu zamówienia determinuje to, z jakim rodzajem świadczenia mamy do czynienia (np. świadczeniem kompleksowym), a to z kolei decyduje o tym, jaką stawkę VAT należy zastosować. Teza ta stoi w oczywistej sprzeczności, nie tylko z przepisami prawa podatkowego ale również z zasadami logiki. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, należałoby przyjąć, że jedna strona transakcji dotyczącej określonego świadczenia objętego konkretną stawką podatku VAT wynikającą z przepisów, może przez odpowiednie sformułowanie jego opisu doprowadzić do objęcia tego świadczenia inną stawką. Odwołujący stwierdził, że o tym czy z podatkowego punktu widzenia kilka świadczeń należy uznać za jedno kompleksowe, czy też za świadczenia odrębne i w konsekwencji, w jaki sposób opodatkować takie świadczenia, decydują tylko i wyłącznie regulacje prawa podatkowego. Nie mogą być w tej materii decydujące postanowienia umowne, czy wola stron transakcji (tu wola Zamawiającego ogłaszającego przetarg na realizację zamówienia publicznego). W przeciwnym przypadku można by dojść do niedających się zaakceptować wniosków, że w zależności od opisu przedmiotu umowy realizacja tożsamyh świadczeń będzie wywoływała odmienny skutek podatkowy (podlegały opodatkowaniu według różnych stawek VAT).

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

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

Niemniej jednak, na zasadzie wyjątku od reguły ogólnej, możliwe jest potraktowanie kilku świadczeń jako jednego świadczenia kompleksowego. Mamy w takim przypadku do czynienia z tzw. usługą kompleksową. Podejmując próbę zdefiniowania usług kompleksowych na gruncie VAT należałoby stwierdzić, że jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy, albo przynajmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Związek ten powinien być na tyle ścisły, że uzasadnia traktowanie kilku świadczeń jako jedno kompleksowe, mimo istnienia ww. zasady ogólnej, że każde świadczenie na gruncie VAT należy traktować odrębnie.

Odwołujący stwierdził, że o kompleksowości usług nie mogą decydować okoliczności subiektywne. W tej materii odwołać się należy bowiem do okoliczności obiektywnych i z tego punktu widzenia badać, czy w danym przypadku zaistniał na tyle ścisły związek, że można mówić o usłudze kompleksowej. W ocenie Odwołującego taki związek nie zachodzi w niniejszej sprawie. Budowa szpitala (opodatkowana stawką VAT 23 %) i jego wyposażenie w wyroby medyczne (mogące korzystać ze stawki VAT 8 %) nie są czynnościami powiązаныmi ze sobą tak ściśle, że można mówić o realizacji jednego kompleksowego świadczenia na gruncie podatku VAT. Na dowód powyższego można wskazać, że czynności te obiektywnie i bez uszczerbku dla Zamawiającego mogą być realizowane przez dwa odrębne podmioty, tj. w zakresie robót budowlanych przez wykonawcę (firmę budowlaną) oraz w zakresie wyposażenia szpitala w wymagane wyroby medyczne przez firmę prowadzącą działalność gospodarczą w tym zakresie, działającą na zlecenie wykonawcy lub nawet Zamawiającego. W powyższym kontekście niezwykle istotna pozostaje okoliczność, iż z dokumentacji przetargowej wyraźnie wynika, że szereg elementów wyposażeniowych szpitala wskazanych w projekcie wykonawczym „Zestawienie pierwszego wyposażenia”, w tym wyroby medyczne służące prowadzonej działalności szpitalnej zostały jednak przez Zamawiającego wyodrębnione z przedmiotu zamówienia i będą dostarczane osobno przez inne podmioty bezpośrednio na zlecenie Zamawiającego. Dotyczy to między innymi kolumn chirurgicznych oraz kolumn anestezjologicznych. Wyposażenie to ma charakter bardzo zbliżony do elementów wyposażenia ujętych w przedmiocie zamówienia, co do których Zamawiający dyskrejonalnie uznał, że są one nierozzerwalnie związane z budową szpitala i jako takie tworzą usługę kompleksową. Powyższe dowodzi, iż to Zamawiający sztucznie powiązał wybrane elementy wyposażenia, uznając iż akurat te dobrane przez niego według niejasnych kryteriów stanowią elementy pomocnicze służące do zrealizowania budowy

szpitala. Jak wykazano w niniejszym odwołaniu takie działania Zamawiającego nie mogą wpływać na zastosowania określonej stawki VAT, bowiem konieczność zastosowania określonej stawki wynika bezpośrednio z przepisów a nie z woli strony danej transakcji.

W ocenie Odwołującego argumentacja o braku wystarczającego związku, by można było mówić o tym, że dostawa wyrobów medycznych realizowana w związku z robotami budowlanymi stanowi świadczenie kompleksowe przejawia się również w tym, że budowa budynku, np. szpitala i jego wyposażenie stanowią zupełnie odrębne kwestie. Budynek obiektywnie może zostać uznany za nadający się do użytku w rozumieniu prawa budowlanego niezależnie od tego, czy został wyposażony w sprzęt odpowiedni do realizacji celu na jaki budynek został przeznaczony, np. budynek restauracji, hotelu. Nie można na problematykę kompleksowości usług patrzeć z punktu widzenia specyfiki danej działalności, np. medycznej, która zakłada, że szpital bez instalacji gazów medycznych nie może funkcjonować. Jest to bowiem instytucja odwołująca się do okoliczności obiektywnych i ma zastosowanie (lub nie) w każdym przejawie aktywności gospodarczej opodatkowanej VAT. Inna sytuacja występuje zatem w ww. przykładzie dotyczącym montażu okna, gdzie nie był by on obiektywnie możliwy bez dostawy okna (świadczenie kompleksowe), a inna sytuacja występuje w przypadku budowy szpitala przewidującej wyposażenie go w wyroby medyczne, gdzie obiektywnie budynek szpitala może powstać bez wyposażenia go, np. w instalację gazów medycznych (albowiem ta będzie przedmiotem np. odrębnego zamówienia).

Odnosząc się do kwestii regulacji prawnej jaka ma zastosowanie do czynności objętych przedmiotem zamówienia wskazać należy, że kwestię tę regulują przepisy Ustawy o VAT. W myśl art. 41 ust. a w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy o VAT obecnie podstawowa stawka podatku wynosi 23 %. Natomiast zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 – dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi obecnie 8 %. W poz. 105 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT przewidziano, że dostawa wyrobów medycznych w rozumieniu Ustawy, dopuszczonych do obrotu na terytorium Polski, opodatkowana jest stawką VAT 8 %. Takim wyrobem medycznym jest wyposażenie szpitalne wyszczególnione w kosztorysie robót budowlanych oraz instalacja gazów medycznych objęte przedmiotem zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący konstruując ofertę w zakresie ceny dotyczącej robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia zastosował stawkę VAT 23 %, natomiast w zakresie dostawy wyrobów medycznych objętych przedmiotem zamówienia zastosował stawkę VAT 8 %.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z najniższą ceną oraz dwóch kolejnych ofert oraz wybór oferty najdroższej z nieprawidłową najwyższą stawką podatku VAT może budzić wątpliwości

z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi, również tego powodu, że zgodnie z zasadami funkcjonowania systemu VAT nie przysługuje prawo do odliczenia podatku naliczonego przy zakupie towarów i usług, np. budowy szpitala, które są wykorzystywane do wykonywania czynności zwolnionych z VAT, a takimi świadczeniami są usługi w zakresie opieki zdrowotnej. Powyższe powoduje, że Zamawiający kupując usługę opodatkowaną stawką 23 %, podczas gdy zgodnie z przepisami powinien kupić ją w części opodatkowaną stawką 8 %, zobowiązany będzie ponieść wyższy koszt (wyższy podatek VAT), którego nie będzie w stanie odzyskać w ramach zwolnionej z VAT działalności prowadzonej w oparciu o wybudowany szpital (brak prawa do odliczenia VAT).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wezwać go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, ukształtowana formalnie jako uprawnienie Zamawiającego możliwość żądania wyjaśnień, nabiera w określonych okolicznościach charakteru obligatoryjnego, zwłaszcza w sytuacji gdy stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w ofercie mogą skutkować jej odrzuceniem. Na Zamawiającym ciąży bowiem obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 Pzp, mogło doprowadzić do podjęcia przez Zamawiającego czynności innych niż odrzucenie oferty Odwołującego.

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

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

sprzed zmiany. Dlatego też Konsorcjum E powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

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

1. Oferta Konsorcjum Inso:

a) Pozycje uproszczone:

- str. 139 oferty: Stolarka i ślusarka wewnętrzna – dostawa i montaż – przyjęta cena to 1.113.945,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto) zł),
- str. 139 oferty: Stolarka drewniana wraz z osprzętem, wykonanie dla obiektów służby zdrowia, szkło bezpieczne – przyjęta cena to 1.718.010,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż bram wraz z osprzętem – przyjęta cena to 421.490,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Drzwi stalowe dostawa i montaż – przyjęta cena to 117.567,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż drzwi specjalistycznych RTG wraz z osprzętem – przyjęta cena 221.389,00 zł to za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Dostawa i montaż drzwi specjalistycznych do sal operacyjnych wraz z osprzętem – przyjęta cena to 201.167,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Wykonanie dokumen. techn. i kompletna zabudowa systemowa pomp. bloku oper. – dostawa i montaż – przyjęta cena to 793.800,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł),
- str. 139 oferty: Wykonanie dokumen. techn. i kompletna zabudowa systemowa pomp. bloku oper. – dostawa i montaż – przyjęta cena to 340.200,00 zł za komplet, bez rozbicia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł)

b) niewycenione pozycje:

- str. 1038 oferty; przebudowa studni głębinowej z obudową (pełny zakres) – wycenione na 0 zł,
- str. 1035 oferty; przejście szczelne dla rury PE180 mm – wycenione na 0 zł.

2. oferta Konsorcjum A:

- a) brak podania kosztów pośrednich oraz zysku,
- b) niepoprawna kalkulacja robocizny, tj. wskazanie ceny za „komplet”, bez podania informacji o ilości oraz stawce roboczogodzin, co oznacza, iż w tym zakresie Konsorcjum A nie przedłożyło wyceny szczegółowej:
 - str.605 oferty: Wykonanie okablowania, podłączenia i uruchomienia instalacji oddymiania garaży: przyjęto robocizna 5.776,00 zł za jeden komplet,
 - str. 606 oferty: Montaż instalacji monitoringu gazu wraz z okablowaniem: przyjęto robocizna 13.612,49 zł za jeden komplet,
 - str. 597-611: Kosztorys dotyczący wentylacji i klimatyzacji: przyjęto roboczogodziny za komplet, w tym okablowanie i uruchomienie central: 333.231,00 zł za komplet,
- c) pozycje uproszczone:
 - str. 461 oferty: pomiary instalacji elektrycznych: przyjęto 103.251,31 zł za komplet, bez rozbitcia na koszt robocizny, materiału i sprzętu (przyjęto 0 zł)

Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że wymaga od wykonawców przedłożenia kosztorysów opracowanych metodą kalkulacji szczegółowej. W ramach odpowiedzi na pytanie nr 63 z dnia 7 grudnia 2015 r. podał przykładową kalkulację jednej pozycji kosztorysu, z której wynikało, iż wykonawcy winni rozbić ceny jednostkowe, przez podanie kosztu materiału, robocizny i sprzętu, wskazując również niezbędne nakłady. Jedynym odstępstwem od tej zasady, jaką dopuścił Zamawiający, była wycena w formie uproszczonej dostaw urządzeń, z zastrzeżeniem, że montaż, instalacja, próby itp. muszą być wyceniane w formie kalkulacji szczegółowej. Żądanie Zamawiającego było uzasadnione i związane z formułą Postępowania.

Odwołujący podał, że zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.2004.130.1389), kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich, przy uwzględnieniu takich czynników jak jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny, materiałów i pracy sprzętu; ceny czynników

produkcji: robocizny, ceny materiałów, ceny pracy sprzętu; oraz kosztów pośrednich i zysku kalkulacyjnego. Powyższy sposób znajduje odzwierciedlenie w przykładzie przedstawionym przez Zamawiającego, dołączonym do odpowiedzi z dnia 7 grudnia 2015 r.

W szeregu pozycji kosztorysowych, zarówno w ofercie Konsorcjum Inso, jak i w ofercie Konsorcjum A, wykonawcy ci dokonali wyceny jako kalkulacja własna, w formie uproszczonej, bądź też nie podając wszelkich informacji, które niezbędne są w przypadku kosztorysów sporządzonych metodą szczegółową. Co więcej, Konsorcjum A w ogóle nie podało informacji o wysokości kosztów pośrednich i zysku. Fakt nieuwzględnienia rozbitcia wskazanych pozycji zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz niepodania takich informacji jak koszty pośrednie i zysk, oznacza w tym zakresie niezgodność treści oferty z SIWZ, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi bowiem być uznana taka zmiana formy prezentacji informacji, która zmienia jej zakres. Zaprezentowanie kosztorysu w formie uproszczonej w miejsce żądanego kosztorysu szczegółowego jest ograniczeniem składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznana za działanie zgodne z treścią SIWZ.

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

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

Zarówno Konsorcjum A, jak i Konsorcjum Inso uzupełniło kosztorysy ofertowe w sposób, który może wskazywać na manipulowanie cenami, co jest naruszeniem dobrych obyczajów kupieckich i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim Konsorcjum I wyceniło pozycję „Przebudowa studni głębinowej z obudową (pełny zakres)” na 0 zł. Prace te wyceniane przez innych wykonawców na ok. 300 tys. zł są o tyle istotne, że zgodnie z założeniami do przeprojektowania dokumentacji projektowej i dokumentacji przetargowej, zaadaptowanie istniejącej studni głębinowej (2A) jako rezerwowego źródła zasilania w wodę Szpitala Południowego wraz z dostosowaniem istniejącego rezerwowego układu instalacji zasilania szpitala w wodę, będzie robotą zamienną w stosunku do przewidzianej w dokumentacji projektowej i przetargowej. Dlatego też, oferując 0 zł za wykonanie ww. robót, Konsorcjum I mogło zaoferować niższą cenę swojej oferty, mając świadomość, że zgodnie z przyjętym sposobem rozliczenia prac zamiennych, otrzyma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowych prac, w wysokości ustalonej w oparciu o postanowienia umowne, tj. rzeczywiste wynagrodzenie za wykonanie tych robót. Nie ulega również wątpliwości, iż nie da się wykonać tych prac, w sposób określony w dokumentacji projektowej i przetargowej, za 0 zł. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, działanie Konsorcjum I wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w związku oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oferta Konsorcjum I powinna zostać odrzucona jako niezgodna z wymaganiami SIWZ, zarówno w zakresie pozycji przebudowy studni głębinowej z obudową, jak i innych pozycji wskazanych we wcześniejszej części niniejszego odwołania.

Odnosząc się z kolei do oferty Konsorcjum A Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ten nie podał w ogóle wysokości kosztów pośrednich jak i zysku, co uniemożliwia uznanie przedłożonych przez niego kosztorysów za kosztorysy opracowane metodą szczegółową. Co więcej, we wskazanych wcześniej przykładach, Konsorcjum A nie podało prawidłowo kosztów robocizny. Ograniczyło się bowiem do wpisania kwoty za jeden komplet, bez wskazania, co dany komplet obejmuje (ilość i stawkę roboczogodziny). Zdecydowana większość takiego sposobu wskazania kosztów robocizny, została określona w kosztorysach dotyczących wentylacji i klimatyzacji, w zakresie, który zgodnie z założeniami przekazanymi przez Zamawiającego, podległ będzie przeprojektowaniu. Również to może mieć wpływ na sposób rozliczenia ewentualnych robót zamiennych, bądź całkowicie uniemożliwić ich rozliczenie. Trudno bowiem rozstrzygnąć, jaką stawkę roboczogodziny i w oparciu o jakie wyliczenia, strony będą mogły przyjąć do rozliczenia robót zamiennych bądź uzupełniających. Nie mamy bowiem do czynienia z niewskazaniem stawki lecz jej nieprawidłowym określeniem. W ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum A może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jest niezgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Sygn. akt KIO 901/16

Odwołujący zaskarżył:

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

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT przez przyjęcie, że Odwołujący zobowiązany był na potrzeby obliczenia ceny, w tym m.in. w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 1 („Roboty Budowlane”) i w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”) zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23%, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny dający podstawę do odrzucenia tej oferty i przez odrzucenie tej oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez przyjęcie, że treść oferty Konsorcjum A odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje się do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i przez zaniechanie odrzucenia tej oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum A pomimo występowania w niej błędów w obliczeniu ceny wynikających z nieuwzględnienia w kalkulacji ceny części robót i prac wymaganych do wykonania przez Zamawiającego,
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty wskazanego Konsorcjum Inso pomimo występowania w niej błędów w obliczeniu ceny wynikających z nieuwzględnienia w kalkulacji ceny części robót i prac wymaganych do wykonania przez Zamawiającego,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pprzez przyjęcie, że treść oferty wskazanego Konsorcjum Inso odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje się do jej odrzucenia na podstawie ww. przepisu i przez zaniechanie odrzucenia tej oferty,
6. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez przyjęcie, że oferta Konsorcjum IDS nie zawiera omyłek rachunkowych kwalifikujących się do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i zaniechanie poprawienia tych omyłek rachunkowych,
7. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum IDS pomimo występowania w niej błędów w obliczeniu ceny wynikających z nieuwzględnienia w kalkulacji ceny części robót i prac wymaganych do wykonania przez Zamawiającego,

8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przyjęcie, że treść oferty Konsorcjum IDS odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji oferta ta nie kwalifikuje się do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty,
9. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny,
10. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w rezultacie uchybień wskazanych powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do oferty Konsorcjum A oraz ofert tych wykonawców, co do ofert których dojdzie do unieważnienia czynności odrzucenia ich oferty,
4. poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych zawartych w ofercie Konsorcjum IDS, w przypadku uprzedniego unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
5. dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert,
6. odrzucenia oferty Konsorcjum A,
7. odrzucenia oferty Konsorcjum Inso, w przypadku uprzedniego unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
8. odrzucenia oferty Konsorcjum IDS, w przypadku uprzedniego unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
9. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że jest mu interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść jako jedyna spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego jest przy tym ofertą korzystniejszą od wybranej przez Zamawiającego oferty Konsorcjum A, pomimo czego oferta Odwołującego została odrzucona. Jednocześnie, z uwagi na to, że Zamawiający dopuścił się uchybień w weryfikacji ofert złożonych przez Konsorcjum IDS, Konsorcjum Inso i Konsorcjum A, zasadnym jest również podniesienie przez Odwołującego zidentyfikowanych przez niego na tym etapie sprawy uchybień dotyczących ofert złożonych przez wskazane konsorcja. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp

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

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

Punktem wyjścia wszelkich rozważań w zakresie prawidłowości przyjętej stawki VAT powinien być wymóg postawiony przez Zamawiającego w pkt 1 Rozdziału XXII SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny oferty”) zgodnie z którym „[...]Oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, tj. obliczonej w sposób określony w ust 2-8 i powiększonej o podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie[...]”. Odwołujący wskazując cenę swojej oferty zachował się zgodnie z przytoczonym postanowieniem SIWZ i powiększył cenę netto obliczoną w sposób określony w ust. 2-8 (tj. wynikającą z kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową) o VAT według stawki wynikającej z obowiązujących przepisów.

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

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

Powyższe rozważania prowadzą – w ocenie Odwołującego – do wniosku, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 1 („Roboty Budowlane”) był zobowiązany do zastosowania stawki podatku VAT 8% i prawidłowo zastosował wskazaną stawkę podatku VAT 8%. Zastosowanie przez Zamawiającego stawki podatku VAT 8% i 23% w przedmiarach jest o tyle istotne, że to właśnie w oparciu o te przedmiary wykonawcy mieli obowiązek sporządzić kosztorysy szczegółowe, które zgodnie z Rozdziałem XXIII pkt 3 SIWZ stanowiły podstawę do obliczenia ceny przedmiotu zamówienia.

Chybione jest również przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący zobowiązany był zastosować stawkę podatku VAT 23% w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”). Nie sposób bowiem zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wykonanie instalacji gazów medycznych miało dla realizacji zamówienia publicznego jedynie pomocniczy charakter. W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, całość zamówienia należało objąć jednolitą stawką podatku VAT 23%. Przede wszystkim, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, instalacji gazów medycznych nie można uznać za świadczenie jedynie pomocnicze, niesamodzielne i marginalne. Taka instalacja ma bowiem samodzielny i autonomiczny charakter, w rezultacie czego będzie zakwalifikowana, po uzyskaniu odpowiednich certyfikatów, jako wyrób medyczny. Podkreślić przy tym należy, że wykonanie instalacji gazów medycznych może być przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego, co także w zasadzie przesądza o samodzielnym charakterze takiej instalacji. Wskazane zamówienie publiczne dotyczące instalacji gazów medycznych może także realizować podmiot, który w żaden sposób nie będzie powiązany z wykonawcą realizującym np. roboty budowlane dotyczące budynku szpitala. W kontekście wywodów Zamawiającego wskazać również należy, że o braku odrębności danej usługi nie może świadczyć ani zestawienie kosztów jej wykonania, wskazujące na jej niską wartość względem świadczenia, które strona uważa za zasadnicze, ani też przyjęcie jednego wynagrodzenia ryczałtowego jako formy wynagrodzenia za wykonanie.

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

gospodarczego i funkcjonalnego przeznaczenia, a tylko w przypadku występowania takiej okoliczności można byłoby w ogóle rozważać próbę uznania przedmiotu zamówienia za jedno świadczenie. Dla takiej oceny i zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT całkowicie bez znaczenia jest zatem nawet i to, że wskazana instalacja jest instalowana w obiektach szpitalnych. Instalacja gazów medycznych byłaby bowiem taką instalacją, jako kompleks powiązanych ze sobą urządzeń, także poza szpitalem i z tego powodu, jako wyodrębniona samodzielnie struktura, jest objęta odrębną, preferencyjną stawką VAT.

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

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

W tych okolicznościach twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia ofert o konieczności zastosowania jednolitej stawki podatku VAT 23% jest niczym innym jak naruszeniem przepisów Ustawy o VAT, które doprowadziło do wyboru najdroższej ze wszystkich złożonych ofert – oferty Konsorcjum A, mimo że w ofercie tej zawyżono stawkę podatku VAT. Takie działanie stanowi nie tylko naruszenie Pzp, ale również może stanowić naruszenie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych. Zamawiający nie może oczekiwać, aby wykonawcy składający oferty naruszali wskazane przepisy. Ponadto takie stanowisko Zamawiającego prowadziłooby finalnie do tego, że płaciłby wyższe ceny za realizację zamówienia, ponieważ wykonawcy składający oferty doliczaliby podatek VAT 23% zamiast podatku VAT 8%. Zamawiający nie zauważa także, iż w ocenie organów podatkowych za prawidłową musiałaby być uznana stawka podatku VAT 8%, a w konsekwencji przyjęcie przez niego faktur VAT ze stawką podatku VAT 23% oznaczałoby przyjęcie faktur VAT nieprawidłowo wystawionych, ze wszystkimi tego konsekwencjami prawnymi i finansowymi (m.in. w zakresie obowiązku przeprowadzenia procedury odpowiedniego skorygowania nieprawidłowo wystawionych faktur VAT).

Odwołujący podkreślił, że nie może ponosić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy zastosował w ofercie stawkę podatku VAT prawidłową na gruncie obowiązujących przepisów. Powyższe rozważania dowodzą ponadto, że Odwołujący prawidłowo zastosował stawkę podatku VAT 8% w Formularzu „Oferta” w Części II („Roboty Budowlane”) w poz. 6 („Instalacje Gazów Medycznych”).

Ponadto w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający powołuje się na opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej i przetargowej,

z uwzględnieniem kodów CPV, bez wskazywania elementów zamówienia, które mogłyby stanowić samoistną część przedmiotu świadczenia. Tymczasem Zamawiający sam wskazał w Rozdziale XXIX SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), że przedmiot zamówienia nie obejmuje dostaw wyposażenia Szpitala, z wyłączeniem dostaw niezbędnych do wykonania robót budowlanych, a przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej i przetargowej (załączonej do SIWZ) oraz wyposażenia pomieszczeń: a) chłodni (...), b) Sali sekcyjnej (...).

Następnie Odwołujący podał, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp jednoznacznie wskazuje na obowiązek wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli cena jest niższa o co najmniej 30% od wysokości któregośkolwiek z dwóch ustawowych wskaźników, a nie od obydwu wskaźników łącznie.

Zamawiający określił wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) na kwotę 255.880.072,07 zł netto. Natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 314.732.488,64 zł brutto.

Wskazana w protokole Postępowania wartość oferty Konsorcjum A wynosi 211.380.966,14 zł brutto, Konsorcjum Inso – 200.455.579,50 zł brutto, Konsorcjum IDS – 199.593.013,42 zł brutto, a Odwołującego – 205.950.000,00 zł brutto. Powyższe oznacza, że wartość wszystkich ww. ofert jest o co najmniej 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia. W konsekwencji, w świetle przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający powinien był, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzić procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Jeśli w wyniku złożonych wyjaśnień okazałoby się, że oferta zawiera rażąco niską ceną, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Obligatoryjność postępowania wyjaśniającego wynika z art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie ustawodawca posługuje się stwierdzeniem, „zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum IDS Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w pkt 3 Rozdziału XXII SIWZ wskazał, że podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane będą kosztorysy opracowane przez wykonawcę, a w pkt 5 SIWZ, że kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową, w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR. W odpowiedzi nr 10 na pytania wykonawców Zamawiający stwierdził, że „[...]Kosztorysy ofertowe, które będą załączone do oferty służą jedynie do wyliczenia wartości robót budowlanych wycenionych na podstawie przekazanej dokumentacji

projektowej i STWiOR. Wobec powyższego Zamawiający nie wyraża zgody na odstąpienie z konieczności składania przez Wykonawcę kosztorysów ofertowych wraz z ofertą.[...]

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika, że szczegółowe kosztorysy ofertowe mają istotne znaczenie przy ustaleniu wartości oferty danego wykonawcy. Istotne znaczenie kosztorysowi nadał sam Zamawiający w jednoznacznych w swej treści postanowieniach SIWZ. Naturalnym jest więc, że kosztorys ofertowy podlega weryfikacji pod względem prawidłowości kalkulacji ceny oferty, która zgodnie z SIWZ „winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową”. Gdyby kosztorys miał znaczenie wyłącznie dla wykonawcy i żadnego dla Zamawiającego, to niezasadne byłoby wymaganie jego złożenia i opracowania w formie kosztorysu szczegółowego, a więc uwzględniającego zasady kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej.

Obowiązku weryfikacji poprawności kalkulacji ceny oferty nie zmienia fakt, iż Zamawiający przewidział wynagrodzenie w formie ryczałtowej, ponieważ, po pierwsze, to właśnie cena ryczałtowa ma wynikać z kosztorysów szczegółowych stanowiących podstawę jej ustalenia, a po drugie, wynagrodzenie ryczałtowe odnosi się do realizacji umowy i oznacza niezmiennosc wynagrodzenia, a nie do sposobu obliczania ceny. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienia oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że nawet w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego mogą występować w ofercie omyłki pisarskie, rachunkowe i inne omyłki, które podlegają poprawieniu przez zamawiającego, zgodnie z nakazem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp. Skonstatował, że Konsorcjum IDS w kosztorysie ofertowym na roboty budowlane, branża architektoniczna, określiło na podstawie kosztorysu szczegółowego wartość robót dla tej branży bez VAT w kwocie 53.810.694.80 zł, a wartość robót po jego uwzględnieniu w kwocie 65.746.860,68 zł. Tymczasem w wyniku działania arytmetycznego polegającego na przemnożeniu ilości robót przez ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu ofertowego branży architektonicznej (pozycje od 1.1.1 do 4.23 kosztorysu, tj. str. od 457 do 494 oferty) uzyskuje się sumę wszystkich pozycji wskazanego kosztorysu w wysokości 65.746.660,68 zł, a nie w wysokości 53.810.694.80 zł. Po doliczeniu VAT wg. stawki przyjętej dla tej branży przez Konsorcjum IDS wartość brutto branży architektonicznej winna

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

			IDS-BUD	INSO	ERBUD	ASTALDI
Wartość brutto z otwarcia ofert:			199.593.013,42	200.455.579,50	205.950.000,00	211.380.966,14
Wersja	Lp.	Opis kalkulacji	Wartość brutto PLN	Wartość brutto PLN	Wartość brutto PLN	Wartość brutto PLN
B po poprawie omyłek rachunkowych	1	jedna stawka VAT 23% na wszystkie elementy oferty, po poprawie omyłek rachunkowych	215.215.739,80	201.374.710,81	206.670.300,00	211.380.966,14
	2	stawki VAT zgodne z ofertami wykonawców, po poprawie omyłek rachunkowych	214.283.103,50	200.455.579,50	205.950.000,00	211.380.966,14

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

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

1. Odpowiedź 168 oraz 195 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 09_ wymiennikownia. Konsorcjum IDS nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągów. Pozycje 1.42-1.48 – zastosowano grubości otulin jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).
2. Odpowiedź 172 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
W kosztorysie 06_Instalacje sanitarne – gazy medyczne Konsorcjum IDS nie dodało działu „system dezynfekcji z wykorzystaniem generatora chloru” zgodnie z poleceniem Zamawiającego.
3. Odpowiedź 190 z dnia 28 grudnia 2015 r. dla pytania 192:
Kosztorys 09_ wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum IDS nie zmieniło ilości oraz średnicy zaworów SYR zgodnie z PW.

4. Odpowiedź 198 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 09_wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum IDS nie dodało pozycji dotyczącej konstrukcji stalowej wsporczej pod kolektory słoneczne.
5. Odpowiedź 186 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 04_wod_kan. Konsorcjum IDS nie dodało nowych pozycji kosztorysowych dotyczących wyceny punktów stałych (PS) widocznych na rysunkach PW.
6. Odpowiedź 175 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 04_wod_kan. (wyposażenie w drabinki, pomosty itp. zbiornika wody). Konsorcjum IDS nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
7. Odpowiedź 176 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 04_wod_kan. (wycena linii gaśniczej HWP-52-dla inst. Ppoż.). Konsorcjum IDS nie uwzględniło tej odpowiedzi.
8. Odpowiedź 177 z dnia 28 grudnia 2015r.:
Kosztorys Q4_wod_kan. (dostarczenie pojemników pianotwórczych dla inst. Ppoż.). Konsorcjum IDS nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
9. Odpowiedź nr 3 z dnia 5 stycznia 2016 r.:
Kosztorys 01 Rob_budowl. Belki i słupy rozprężalni nie zostały wycenione w kosztorysie ofertowym w ramach bloku „Rozprężalnia”.
10. Odpowiedź nr 207 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 01 Rob_budowl. Wsporniki osłon płyty lotniska nie zostały uwzględnione w ofercie.

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

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

Zdaniem Odwołującego wartość ww. elementów to 520.353,78 zł netto.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pkt 3 Rozdziału XXII SIWZ, podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane będą kosztorysy opracowane przez wykonawcę. Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego i przekazane wykonawcy stanowią jedynie podstawę informacyjną, a zgodnie z pkt 5 SIWZ kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową, w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR. W sytuacji, w której cena oferty wynikająca z takiej kalkulacji nie obejmuje elementów robót, które zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego, przedmiarami robót oraz dokumentacją projektową ewidentnie powinny w tej kalkulacji zostać wycenione, wykonawca w istocie zaproponował wykonanie robót w zakresie węższym niż tego wymagał Zamawiający. Z uwagi na to, że Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego dokonania poprawy wskazanego uchybienia bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz, takich jak ceny jednostkowe (w rozbiciu na R, M, S, Kp, Z) oraz określenie ilości robót, wskazane uchybienie nie może zostać poprawione, a zatem oferta z tej tylko przyczyny powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Co istotne, opisane działanie Konsorcjum IDS, polegające na pominięciu w kosztorysie pozycji przedmiarowych oraz odpowiedzi Zamawiającego jest działaniem zamierzonym i świadomym, ponieważ pominięto pozycje wskazane mu przez samego Zamawiającego. Nie są to więc roboty, których wykonawca mógł nie zauważyć analizując obszerną dokumentację projektową. W tych okolicznościach wskazanych uchybień nie sposób kwalifikować jako jakichkolwiek omyłek kwalifikujących się do usunięcia samodzielnie przez Zamawiającego.

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

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

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

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

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

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

W kolejnych pozycjach kosztorysu zostały z kolei skalkulowane roboty bez robocizny (sam materiał), co również nie odpowiada kosztorysowaniu metodą szczegółową (robocizna, materiał, sprzęt). Są to m.in. pozycje:

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

Na str. 132 tego kosztorysu (podsumowanie) Konsorcjum Inso wskazuje wprost, iż są to pozycje „uproszczone”, co oznacza, iż część zakresu zamówienia wyliczono metodą uproszczoną, a nie szczegółową, jak wyraźnie wymagał Zamawiający. Wartość wskazanego zakresu wynosi 19.977.437,12 zł netto (24.016.146,97 zł brutto), a więc jest to uchybienie obejmujące ok 12% wartości kosztorysu. Wykonawca nie dołączył zatem dokumentu wymaganego przez Zamawiającego w Rozdziale XVI SIWZ, gdyż miał dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową, zgodnie z zasadami określonymi w Rozdziale XXII SIWZ, w formie papierowej, a dołączył kosztorys sporządzony metodą mieszaną – w części uproszczony, a w części szczegółowy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nadał kosztorysowi ofertowemu istotne znaczenie i uczynił go elementem oferty, co Zamawiający również podkreśla w formularzu oferty wskazując w nim, że kosztorysy ofertowe są „integralną częścią oferty”. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała i potwierdzała będzie zgodność z wymaganiami SIWZ, również w zakresie przygotowanego kosztorysu ofertowego. Ustalenie ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie jest samo przez się podstawą do stwierdzenia niewiążącego charakteru kosztorysu ofertowego, gdyż jego wiążący charakter wynika wprost z postanowień SIWZ, które stanowią m.in., że „podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane będą kosztorysy opracowane przez Wykonawcę”, a „Kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową, w oparciu o dokumentację projektową i STWiORB”. Zawarty w SIWZ opis sposobu obliczenia ceny oferty wskazuje, że kosztorysy szczegółowe

miały dla zamawiającego charakter cenotwórczy, ponieważ cena ofertowa robót budowlanych wynika z sumowania cen kosztorysowych,

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nadał kosztorysom ofertowym istotne znaczenie również z uwagi na kwestie rozliczenia robót na etapie realizacji zamówienia, Zgodnie bowiem z § 8 ust. 4 i ust. 6 wzoru umowy wynagrodzenie za zaniechany zakres robót lub za zamienny zakres robót zostanie określone na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o przedmiar z uwzględnieniem danych wyjściowych do kosztorysowania określonych jako m.in. – stawka r-g, wskaźnik kosztów pośrednich i zysku – będą tożsame z wielkością tych składników cenowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Inso rozbicia ww. pozycji kosztorysowych na R, M, S, Kp, Z uniemożliwia dokonanie wyceny robót zaniechanych lub zamiennych, ponieważ nie ma danych wyjściowych do sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową dla takich robót. Powyższe powoduje, że w ofercie Konsorcjum Inso występuje brak istotnego elementu cenotwórczego stanowiącego element umowy o robotę budowlaną, co pozbawia zamawiającego możliwości późniejszej korekty wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia (w przypadku gdyby oferta Konsorcjum Inso została wybrana jako najkorzystniejsza). Zgodnie bowiem z postanowieniami wzoru umowy informacje zawarte w kosztorysie ofertowym mają istotne znaczenie, co oznacza, że stanowią element treści oferty w zakresie podstawy wyceny ewentualnych robót zaniechanych lub zamiennych oraz ustalania harmonogramu rzeczowo-finansowego i dokonywania zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty w oparciu o ten harmonogram. W tej sytuacji wskazany brak jest brakiem przedmiotowo istotnym i nie może podlegać korekcie w drodze poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

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

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

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

Kosztorys 09_ wymiennikownia. Konsorcjum Inso nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągów. Pozycje 1.42- 1.48 – zastosowano grubości otulin jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).

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

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

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

Wartość niewycenionych elementów to 248.978,66 zł netto.

Ponadto, Konsorcjum Inso dokonało usunięcia z kosztorysu ofertowego elementów robót, pomimo że były one ujęte w przedmiarze robót opracowanym przez Zamawiającego oraz w dokumentacji projektowej, w szczególności: Roboty budowlane, poz. 214 (Zbrojenie na przebicie – 1 kpl.), poz. 337 (Wyłożenie ścian okładziną ścienną p.a. – 800 m²),

Chłodnictwo, poz. 70 (Dostawa czynnika chłodniczego – 45 szt.), Kotłownia, poz. 1.39 (Przejścia ppoż. dla całości rur wychodzących z kotłowni – 1 kpl.), Instalacje zewnętrzne wod-kan, poz. 1.28 (Przejście szczelne dla rury żeliwnej fi 100 mm – 1 szt.), poz. 4.13 (Przejście szczelne dla rury PE 180 mm – 1 szt.), poz. 8.16 (Przejście szczelne dla rury PVC fi 400 mm – 2 szt.).

Wartość niewycenionych elementów to 307.311,02 zł netto.

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

Odwołujący powtórzył ponadto argumentację z zarzutu dotyczącego Konsorcjum IDS.

W ocenie Odwołującego analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku oferty Konsorcjum A, które również nie uwzględniło w kosztorysach ofertowych, a zatem nie wyceniło następujących pozycji, mimo iż miało taki obowiązek zgodnie z poniższymi wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w trakcie Postępowania, w szczególności:

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

Kosztorys 09_ wymiennikownia. Konsorcjum A nie uwzględniło zmiany grubości otuliny rurociągów. Pozycje 1.42- 1.48 – zastosowano grubości otulin jak w pierwotnym przedmiarze Zamawiającego (str. 295).

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

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

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

Kosztorys 09_ wymiennikownia i inst. solarna. Konsorcjum A nie zmieniło ilości oraz średnicy zaworów SYR zgodnie z PW.

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

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

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

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

6. Odpowiedź 175 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 04_wod_kan. (wyposażenie w drabinki, pomosty itp. zbiornika wody).
Konsorcjum A nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
7. Odpowiedź 177 z dnia 28 grudnia 2015r.:
Kosztorys 04_wod_kan. (dostarczenie pojemników pianotwórczych dis inst. Ppoż.). Konsorcjum A nie uwzględniło odpowiedzi Zamawiającego.
8. Odpowiedź nr 207 z dnia 28 grudnia 2015 r.:
Kosztorys 01 Rob_budowl. Wsporniki osłon płyty lotniska nie zostały uwzględnione w ofercie.

Wartość niewycenionych elementów to 229.827,89 zł netto.

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

Wartość ww niewycenionych elementów to 187.486,25 zł netto.

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

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

Sygn. akt KIO 898/16

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

Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje tezy, zgodnie z którą świadome i samodzielne wskazanie w ofercie wykonawcy niewłaściwej stawki VAT zobowiązuje do odrzucenia takiej oferty bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia. Określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Wynika to z konieczności stosowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

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

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

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

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

Zamawiający stwierdził, że zarzuty kwestionujące kompleksowy charakter świadczenia wykonawcy mogły być sformułowane już z chwilą doręczenia Odwołującemu powyższej odpowiedzi Zamawiającego, ponieważ uzasadnienie późniejszej czynności odrzucenia oferty Odwołującego zawiera powtórzenie wyartykułowanego już uprzednio

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

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że zagadnienie ustalenia właściwej stawki VAT w sytuacji objęcia zamówieniem robót budowlanych wraz z robotami instalacyjno-przyłączeniowymi oraz towarzyszących tym robotom dostaw urządzeń było wielokrotnie przedmiotem orzekania Izby i sądów i zagadnieniem rozstrzyganym w indywidualnych interpretacji podatkowych. Na ich podstawie należy przede wszystkim zauważyć, że podstawowym kryterium stosowanym dla określenia możliwości stosowania zróżnicowanych stawek VAT w ramach jednego zamówienia jest potencjalna i racjonalna możliwość wyodrębnienia świadczeń objętych stawką odmienną niż stawka stosowana dla usług dominujących w zamówieniu i wykonania ich jako osobnej czynności opodatkowanej. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga ustalenia, czy procedura pn.: „Budowa Szpitala Południowego” dotyczy zamówienia usługi o charakterze kompleksowym, czy też dotyczy sumy niezależnych świadczeń, połączonych z woli Zamawiającego (bez obiektywnej konieczności) w ramach jednego zamówienia.

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

Zamawiający – powołując się na orzecznictwo TSUE – stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy wziąć pod uwagę również fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone w celu opodatkowania różnymi stawkami podatku od towarów i usług, gdyż może to prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu VAT. Kompleksowe świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie,

lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Ponadto, jeżeli dwa lub więcej świadczeń (czynności) dokonanych przez podatnika są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielanie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej.

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

Zamawiający podkreślił, że preferencyjna stawka podatkowa, o której mowa w art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT, zgodnie z treścią załącznika nr 3 (poz. 105) obejmuje dostawę towarów, a nie wykonywanie robót budowlanych (usług). Z definicji wyrobu medycznego, zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 38 Ustawy wynika, iż obejmuje ona narzędzie, przyrząd, aparat, sprzęt, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, włączając oprogramowanie niezbędne do właściwego stosowania wyrobu, przeznaczone do stosowania zgodnie ze wskazanym w definicji przeznaczeniem. Definicja ta nie obejmuje natomiast robót budowlano-montażowych, wykonywanych w ramach instalowania ww. sprzętu. O tym, czy roboty te stanowią będą czynność akcesoryjną związaną z dostawą urządzenia (i opodatkowaną stawką właściwą dla tej dostawy), czy też będą częścią kompleksowych robót związanych ze wzniesieniem budynku, w ramach wykonywania których to dostawa wbudowywanych na stałe (i stanowiących części składowe tego budynku) wyrobów medycznych stanowić będzie świadczenie akcesoryjne (opodatkowane według stawki właściwej dla usługi dominującej), decydują każdorazowo okoliczności wykonywania konkretnego zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje wyposażenie nowo budowanego szpitala jedynie w takie urządzenia, których wbudowanie jest niezbędne do prawidłowego dokonania odbiorów technicznych robót instalacyjnych (w zakresie zasilających te urządzenia instalacji), w powiązaniu z tymi instalacjami. Prace związane z wbudowaniem i podłączeniem tych urządzeń stanowią element procesu inwestycyjnego powiązany z pozostałymi robotami

budowlanymi w ten sposób, że ich ukończenie warunkuje dokonanie odbiorów robót branżowych, a ponadto warunkuje rozpoczęcie robót wykończeniowych budynku.

W przypadku kompletnej realizacji nowego obiektu w systemie generalnego wykonawstwa rozważanie teoretycznej możliwości wyodrębnienia części robót budowlanych i powierzenia ich innemu wykonawcy powinno zdecydowanie prowadzić do negatywnego wyniku. Pomimo iż przedmiot zamówienia jest w tym przypadku świadczeniem złożonym, to pomiędzy jego poszczególnymi elementami istnieje silny funkcjonalny i technologiczny związek – wyraża się on nie tylko w celu i ekonomicie realizowanego zamówienia, ale znajduje on również odzwierciedlenie w przebiegu procesu budowlanego, kolejności wykonywania robót ogólnobudowlanych, instalacyjnych i wykończeniowych, którą Zamawiający wskazał w STWiOR, jako konieczną dla prawidłowego przebiegu inwestycji. W przypadku przeprowadzenia instalacji gazów medycznych oraz wbudowania urządzeń z nią połączonych kolejność wykonywania robót jest wręcz istotna dla zachowania parametrów bezpieczeństwa ww. wyrobu medycznego.

Ocena nierozdzielności robót instalacyjnych i montażowych w zakresie wyrobów medycznych objętych przedmiotem zamówienia oraz robót ogólnobudowlanych przy budowie szpitala nie może pomijać zagadnień o charakterze technicznym i technologicznym. Opis powyższych kwestii zawarty jest w opinii technicznej, którą Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołania.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przyjętym wzorem umowy przewiduje możliwość wykonania części robót (w tym instalacyjnych) przez podwykonawców, jednakże dopuszczenie tych podmiotów do placu budowy odbywać się będzie w ramach kontraktu generalnego wykonawcy i na jego ryzyko, a także pod nadzorem powołanego przez niego kierownika budowy; natomiast równoczesne prowadzenie budowy – we wzajemnie powiązanych zakresach – przez dwóch różnych wykonawców, bez zatrudnienia kolejnego podmiotu odpowiedzialnego za koordynację robót byłoby niedopuszczalne w wielu aspektach, w tym np. z punktu widzenia rozgraniczenia odpowiedzialności za wady wykonanego obiektu, odpowiedzialności za szkody wyrządzone w toku realizacji budowy i możliwości ubezpieczenia ryzyka budowlanych w związku z prowadzoną inwestycją. Powyższe aspekty wyraźnie odróżniają zadanie polegające na wybudowaniu nowego budynku (a tym bardziej kompleksu budynków w granicach działki inwestycyjnej) od inwestycji, których przedmiotem jest rozbudowa czy też przebudowa i doposażenie istniejących obiektów.

Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że w warunkach realizacji przedmiotowego zamówienia fakturowanie całości robót będzie odbywać się na zasadzie faktur

przejściowych, tj. w sposób właściwy dla robót budowlanych i budowlano-montażowych, również w odniesieniu do instalacji i urządzeń, o których mowa w odwołaniu.

Zamawiający podkreślił, że ciężar udowodnienia twierdzenia, jakoby w okolicznościach sprawy przedmiot zamówienia nie powinien być uznany za świadczenie o charakterze kompleksowym leży po stronie Odwołującego. Przedmiotowa okoliczność, jako kluczowa dla oceny twierdzeń i zarzutów odwołania, powinna zostać udowodniona w sposób bezwzględny. W treści odwołania nie zawarto szczegółowych odniesień do faktycznych warunków, w jakich prowadzona będzie inwestycja, nie wskazano też żadnych merytorycznych argumentów, które uzasadniałyby faktyczną możliwość oddzielenia wskazanej części robót instalacyjnych oraz dostaw i zrealizowania ich w ramach odrębnego świadczenia.

W warunkach Postępowania wszystkie elementy objęte zamówieniem, w tym zwłaszcza instalacje, zostaną wykonane w sposób kompleksowy, na trwałe umieszczone w powstającym budynku i jako takie będą trwale z nim związane. Intencją Zamawiającego nie jest nabycie poszczególnych elementów wykonanych robót budowlanych, a uzyskanie dopuszczonego do użytkowania, całkowicie wykonanego obiektu. W sytuacji zamówienia kompleksowych usług o charakterze podatkowo złożonym, prawidłowa jednolita stawka podatku od towarów i usług ustalana jest jak dla czynności stanowiącej przeważający element zamówienia. W ocenie Zamawiającego determinowana jest ona przez dominujące usługi, tj. roboty budowlane i powinna być ustalona dla całego zadania w wysokości 23%.

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

Zamawiający podkreślił, że jakkolwiek podanie w cenie oferty nieprawidłowej, niższej stawki podatku od towarów i usług może godzić w uczciwą konkurencję, to zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT co do zasady nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. W sytuacji, gdy z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy mogą powstać uzasadnione wątpliwości, co do właściwej stawki podatku VAT, zastosowanie jednej stawki podstawowej jawi się, jako rozwiązanie bezpieczne i chroniące wykonawcę przed odrzuceniem jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie, w odniesieniu do określonego zakresu zamówienia, stawek preferencyjnych. Skoro Ustawa o VAT oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie

nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów Pzp.

Co więcej, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby odrzucenie oferty uwzględniającej dokonane przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do oferty Konsorcjum A, które jako jedyne spośród wykonawców sformułowało ofertę w sposób zgodny z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 13 zadane przez Konsorcjum E w piśmie z dnia 11 lutego 2016 r.

Sygn. akt: KIO 899/16

I. Zarzut naruszenia art. 87 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treści oferty Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum IDS z powodu błędu w obliczeniu ceny

Zamawiający podał, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp daje mu prawo zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie tych elementów treści oferty, które są niejasne lub nie dają się jednoznacznie zinterpretować, a ich uwzględnienie lub zignorowanie może wpłynąć na wynik postępowania. W przypadku braku tego rodzaju niejasności wykonawca nie może żądać od zamawiającego wdrożenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców (pismo z dnia 11 lutego 2016 r., odpowiedź na pytanie 13) poinformował, iż ustalenie prawidłowej stawki VAT leży po stronie wykonawcy oraz że przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowa (budowa szpitala) objęta jednolitą stawką VAT, właściwą dla usługi podstawowej. Tak więc okoliczności które są przedmiotem zarzutu Odwołującego zostały jednoznacznie wyjaśnione. Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z tym stanowiskiem, mógł we właściwym czasie kwestionować tą czynność Zamawiającego.

Zamawiający podał, że w zakresie tego zarzutu podtrzymuje argumentację i wyjaśnienia jak z odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum I, wraz wnioskiem o oddalenie tego zarzutu z powodu prekluzji.

II. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt.2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum I pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ

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

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

Zamawiający stwierdził, że pomimo iż w Pzp ustawodawca posługuje się określeniem „nieuczciwa konkurencja”, to jednak nie zawiera ono definicji tego pojęcia. Wobec powyższego przy analizie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp należy odwołać się do definicji czynu nieuczciwej konkurencji, zawartej w art. 3 ust. 1 Znk. Zgodnie z nią czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto przepis artykułu 3 ust. 2 Znk zawiera przykładowo wyliczony (a zatem otwarty) katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Są to w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

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

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

Odwołujący, zarówno w stosunku do oferty Konsorcjum A, jak i Konsorcjum Inso, nie wykazał zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby spełnieniem wyżej wymienionych przesłanek, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazane przez Odwołującego w ofertach ww. konsorcjów tzw. uchybienia nie noszą, w ocenie Zamawiającego, znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wielokrotnie wyjaśniał w swoich odpowiedziach w toku procedury przetargowej, że nieuwzględnienie pozycji w kosztorysie ofertowym stanowi element ryzyka wykonawcy, ponieważ po jego stronie leży odpowiedzialność za skalkulowanie ceny ryczałtowej, a zakres robót

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

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

Dodatkowo wyjaśnił, iż w przypadku kosztorysu Konsorcjum A wartość kosztów pośrednich i zysk jest podana w zagregowanej pozycji, co umożliwia wyliczenie na ich podstawie zagregowanego wskaźnika tych parametrów (koszty pośrednie, zysk), a następnie zastosowanie go do wyliczenia wartości robót zamiennych czy zaniechanych, gdyż wartość robót po zastosowaniu wskaźników zagregowanych jest identyczna, jak suma wartości wyliczona odrębnie dla każdego wskaźnika. Powyższe oznacza, że kosztorys przedstawiony przez Konsorcjum A zawiera dane wymagane w SIWZ, co umożliwia dokonanie wyceny ewentualnych robót zamiennych, zaniechanych zgodnie z zapisami § 8 projektu umowy.

Zamawiający przywołał odpowiedź na pytanie 11 w piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r., w której odniósł się do połączenia dwóch rodzajów zamówień, tj. przeprojektowania i wykonania robót budowlanych. Podał, że względu na zmieniający się program usług medycznych (usług doraźnych, całodobowych) dla ludności miasta Warszawy i okolic, uwzględniając wytyczne użytkownika, stworzył możliwość dokonania opcjonalnych zmian w projekcie Szpitala Południowego. Nie oznacza to jednak, że wybrany wykonawca będzie wykonywał roboty budowlane według zmienionego projektu lub jego części.

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

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

Zamawiający stwierdził, w odniesieniu do zawartego w odwołaniu poglądu o zmianie rozkładu ciężaru dowodu, że zarówno przed, jak i po nowelizacji Pzp, niezmiennym warunkiem zatrzymania wadium było i w praktyce nadal jest niewykazanie przez wykonawcę, że fakt niezłożenia przez niego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw spowodowany był przyczynami nie leżącymi po jego stronie.

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

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

Zamawiający wyraźnie wyróżnił dwa etapy:

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

Pierwszy etap, w którym Zamawiający badał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, prowadzony był na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Jak wiadomo, wniosek ma całkowicie inny charakter prawny niż oferta, nie jest wiążący dla składającego go wykonawcy, jest tylko swoistą deklaracją zainteresowania udziałem w przetargu ograniczonym. Po ocenie wniosku i pozytywnej weryfikacji spełniania warunków, zaproszony wykonawca może nie złożyć oferty bez żadnych negatywnych konsekwencji. Zamawiający badał więc treść dokumentów

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

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

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

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

Sygn. akt: KIO 901/16

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

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

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

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

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

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

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

informacji, w których potwierdził charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia i sposób rozliczeń. W Odpowiedzi na pytanie 11 w piśmie z dnia 1 kwietnia 2016 r., Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż w Rozdziale XXII SIWZ wyraźnie określono, że przedmiot zamówienia jest opisany dokumentacją projektową i STWiOR, a ewentualne przypadki nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy, dokumentacji projektowej i STWiOR, stanowią element ryzyka wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny umownej.

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

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

Podkreślenia wymaga, że jeżeli zarówno częściowe zastosowanie formy uproszczonej kosztorysu, jak również pominięcie elementu robót w kosztorysie nie ma wpływu na zakres przyjętego przez wykonawcę do wykonania zakresu zamówienia, to tym samym złożone oferty są porównywalne, gdyż obejmują ten sam zakres zamówienia.

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

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

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

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

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

IV. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Konsorcjum IDS

Bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby w kosztorysie ofertowym Konsorcjum IDS, w części Roboty budowlane – branża architektoniczna występowała omyłka rachunkowa skutkująca obowiązkiem jej poprawienia.

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

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

V. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego odnośnie rażąco niskiej ceny

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

Uznaniowość w zakresie wzywania wykonawców do składania stosownych wyjaśnień została w pewnym zakresie utrzymana również po nowelizacji tego przepisu. Punktem wyjścia dla ewentualnych działań Zamawiającego jest bowiem każdorazowo ocena, czy cena nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i czy budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp po nowelizacji przyznało Zamawiającemu uprawnienie do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenia dowodów w sytuacji gdy:

1. zaoferowana przez wykonawcę cena będzie wydawać się mu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz
2. będzie budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert.

Te okoliczności nie wystąpiły, gdyby nawet Zamawiający zastosował w Postępowaniu aktualnie obowiązującą dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp.

Ubocznie Zamawiający wskazał, że celem nowelizacji omawianego przepisu było przeniesienie ciężaru wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a więc zmiana art. 90 ust. 2 Pzp, a nie – jak twierdzi Odwołujący – wprowadzenie zasady obligatoryjnego wszczynania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający otrzymał cztery porównywalne oferty, sporządzone przez wykonawców, którzy (co należało do warunków przetargu) realizowali już podobne zamówienia, a zatem Zamawiający nie/ miał podstaw do powzięcia wątpliwości, które uzasadniałyby wszczęcie postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla przedłużania Postępowania i zmuszania wykonawców do dodatkowych czynności, w szczególności w sytuacji, gdy postępowanie to miałyby dotyczyć wszystkich ofert

złożonych w postępowaniu, z których żadna nie przekracza granicy 30 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Dodatkowo zauważył, że ustalona wartość zamówienia, o której mowa w art. 32 ust. 1 Pzp jest całkowitym szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy ustalonym przez Zamawiającego z należytą starannością, przy czym wartość ta nie obejmuje podatku od towarów i usług. Wartość ta wynosi 255.880.072,07 zł. Przyjmując powyższe kryterium cenowe należałoby uznać, że ceny ofert złożonych w Postępowaniu nie były o 30% niższe od wartości zamówienia, rozpiętość ta bowiem wynosiła od 18% do 22 %. Ustawodawca ustalił w sposób jednoznaczny, kiedy Zamawiający może powziąć wątpliwości, stąd też sporządzona przez Odwołującego symulacja została przygotowana niezgodnie z wytycznymi zawartymi w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

VI. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji

Zarzut ten nie został uzasadniony i udowodniony przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16, przystąpienia zgłosiło Konsorcjum A. Z kolei Konsorcjum IDS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 898/16 i KIO 901/16, Konsorcjum E – w sprawie o sygn. akt KIO 899/16, natomiast Konsorcjum Inso – w sprawach o sygn. akt: KIO 899/16 i KIO 901/16. Wszystkie przystąpienia zgłoszone zostały po stronie Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 899/16 przystępujące Konsorcjum E złożyło do akt sprawy pismo procesowe z następującą argumentacją w odniesieniu do zarzutu niewniesienia wadium.

Konsorcjum E zwróciło uwagę na okoliczność, że w odwołaniu Konsorcjum IDS znajduje się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia go z Postępowania, pomimo że nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert. Odczytując wskazany zarzut zgodnie z jego brzmieniem stwierdzić zatem należy, że Konsorcjum E swoje wadium wniosło przed upływem terminu składania ofert. Zatem wskazany zarzut o treści wskazanej przez Konsorcjum IDS jest w okolicznościach sprawy całkowicie chybiony.

Wbrew twierdzeniom Konsorcjum IDS gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Konsorcjum E należyście i prawidłowo zabezpieczyła interes Zamawiającego. Treść dokumentu gwarancji przewiduje i umożliwia Zamawiającemu uzyskanie kwoty gwarancji/wadium w każdej sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 Pzp

zarówno przed nowelizacją wskazanych regulacji, jak też i obecnie. Co istotne, wskazana gwarancja jest m.in. bezwarunkowa, nieodwołalna, płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego i nie wymaga od niego podania konkretnej przesłanki żądania wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji. W praktyce oznacza to, że Zamawiający jako wierzyciel jest uprawniony do uzyskania kwoty gwarancji według własnego uznania i w tej kwestii nie ma żadnych ograniczeń.

Konsorcjum E stwierdziło, że zawarcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej jest rodzajem czynności ubezpieczeniowej pomiędzy ubezpieczycielem i zleceniodawcą. Wskazana czynność prawna nie ma jednak żadnego wpływu na przepisy bezwzględnie obowiązujące, a takimi przepisami są m.in. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, a także przepisy nowelizujące wskazane regulacje prawne. W konsekwencji treść gwarancji wadialnej nie ma również żadnego przełożenia na rozkład ciężaru dowodu w sprawach dotyczących zasadności zatrzymania wadium, albowiem regulacje prawne są w tym zakresie bezwzględnie obowiązujące. Co więcej, zagadnienie rozkładu ciężaru dowodu w sprawach dotyczących zasadności zatrzymania wadium jest przede wszystkim zagadnieniem z zakresu procedury, a nie zagadnieniem z zakresu zaspokojenia zamawiającego jako podmiotu prowadzącego postępowanie przetargowe. Sporna gwarancja (bezwartunkowa, nieodwołalna, płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego i niewymagająca od Zamawiającego podania konkretnej przesłanki żądania wypłaty kwoty gwarancyjnej) w praktyce umożliwia Zamawiającemu natychmiastowe i niezwłoczne uzyskanie pełnej kwoty gwarancji i nie ma tu nic do rzeczy wskazywana przez Konsorcjum IDS kwestia rozkładu ciężaru dowodu. Kwestia ta jest bez znaczenia także z tego względu, że w przypadku bezpodstawnego zatrzymania wadium i w efekcie bezpodstawnego skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji ubezpieczeniowej/wadialnej jest on zobowiązany do zwrotu kwoty tak uzyskanej, ale nie wynika to ani z procedury, ani z rozkładu ciężaru dowodu, ale z tego, że w takiej sytuacji Zamawiający po prostu nie miałby podstaw do zatrzymania wadium i w efekcie nie miałby podstaw do skorzystania z gwarancji. Przesłanki zatrzymania wadium są bowiem okolicznościami o charakterze obiektywnym, które w konkretnej sprawie występują lub nie występują, a nie są one wypadkowymi takiego czy innego rozkładu ciężaru dowodu, który jest kwestią czysto techniczną i proceduralną. Podkreślenia bowiem wymaga, że przypadki zatrzymania wadium wskazują na okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Tylko zaistnienie przyczyny leżącej po stronie wykonawcy umożliwi zamawiającemu zatrzymanie wadium, co nie uległo zmianie zarówno na gruncie przepisów sprzed nowelizacji, jak i po ich zmianie. Jeśli zamawiający oświadczy gwarantowi, że taka przyczyna nastąpiła, gwarant na pierwsze żądanie wypłaci zamawiającemu kwotę wadium, nie badając zasadności (ani prawdziwości) wystąpienia przyczyny zatrzymania wadium.

Wystąpienie przyczyny leżącej po stronie wykonawcy każdorazowo wiązać się będzie z wypłatą z gwarancji bez badania przez gwaranta prawdziwości oświadczenia zamawiającego. Taki sposób wypłaty wynikał z treści gwarancji zarówno przed jak i po nowelizacji przepisu art. 46 Pzp, gdzie gwarant wymaga jedynie złożenia oświadczenia przez zamawiającego o wystąpieniu jednego z przypadków zatrzymania wadium bez konieczności przeprowadzania jakiegokolwiek dowodu, że taki przypadek w rzeczywistości zaistniał. Nawet w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu zamawiający może je zatrzymać tylko w razie wystąpienia okoliczności to uzasadniającej (leżącej po stronie wykonawcy), która to okoliczność musi mieć charakter obiektywny, niewynikający z subiektywnego zapatrywania zamawiającego lub takiego czy innego ciężaru dowodu. Powyższe oznacza, że gwarancja złożona w niniejszej sprawie przez Konsorcjum E zabezpiecza Zamawiającego nie mniej korzystnie niż wadium w pieniądzu. Z obu tych zabezpieczeń Zamawiający mógłby skorzystać jedynie w razie wystąpienia przypadku zatrzymania wadium przewidzianego w Pzp.

W ocenie Konsorcjum E istotne dla oceny sprawy są również towarzyszące jej okoliczności faktyczne. Zamawiający dokonał bowiem zwrotu wadium, co oznacza, że wygasł stosunek zobowiązaniowy wynikający z kwestionowanej przez Konsorcjum IDS gwarancji wadialnej. W tym sensie gwarancja ta została już skonsumowana, zaś Zamawiający odrzucając ofertę Konsorcjum E i zwracając wadium (gwarancję) wskazał, że z tej gwarancji nie zamierza korzystać. W przypadku, gdyby w rezultacie rozstrzygnięcia odwołania oferta Konsorcjum E została wybrana jako najkorzystniejsza, musiałoby ono, zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp, wnieść wadium ponownie. W tych okolicznościach podniesione przez Konsorcjum IDS zarzuty dotyczące gwarancji wadialnej mają w istocie charakter czysto teoretycznych rozważań i spekulacji.

Niezależnie od tego, że gwarancja przedstawiona przez Konsorcjum E jest prawidłowa z punktu widzenia potrzeb Postępowania podkreślić należy, że podniesiony przez Konsorcjum IDS zarzut rzekomego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum E jest w okolicznościach sprawy spóźniony. Gwarancja wadialna nie była bowiem w żaden sposób utajniona, a zatem Konsorcjum IDS miało możliwość zapoznania się ze wskazaną gwarancją niezwłocznie po otwarciu ofert. Ponadto w przypadku wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości w kwestii wadium Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie wykluczyć wykonawcę. W przypadku zatem ewentualnego wystąpienia jakichkolwiek uchybień Zamawiającego we wskazanej kwestii, Konsorcjum IDS mając zastrzeżenia nie powinno czekać z postawieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp do rozstrzygnięcia przetargu, ale wnieść odpowiednie odwołanie

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

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

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

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

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

Ad 1

Konsorcjum IDS

Zamawiający podał, że odwołanie podpisane zostało przez R.S. działającego na podstawie udzielonego mu w dniu 25 maja 2016 r. pełnomocnictwa przez dwóch członków zarządu IDS-BUD S.A. Z treści tego umocowania wynika, iż został on upoważniony do samodzielnego wnoszenia w imieniu Konsorcjum IDS środków ochrony prawnej, w tym do wniesienia w imieniu wykonawcy odwołania od czynności Zamawiającego.

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

„[...]”

6. (...)zażaleń albo przyłączenia się do postępowań wszczętych w wyniku złożenia zażaleń na czynności oraz zaniechania tych czynności przez Zamawiającego podczas niniejszego postępowania, zgodnie z art. 180 ustawy RP w sprawie zamówień publicznych,
7. (...)odwołań albo przyłączenia się do postępowań wszczętych w wyniku złożenia odwołań od decyzji Zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 184 ustawy RP o zamówieniach publicznych, uczestnictwa w posiedzeniach sądowych w procesach apelacyjnych oraz w procesach odwoławczych, prowadzonych w sądach powszechnych.

[...]”.

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

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

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

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

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

Konsorcjum Inso

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

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

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

Ad 2

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

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

Ad 3

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

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

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

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali wywiedzione w odwołaniach i pismach procesowych stanowiska.

Konsorcjum I wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

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

Konsorcjum IDS wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

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

- wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. i wyciągu z umowy nr U/380/2015/SEN/WIM/MON z dnia 20 października 2015 r. zawartej pomiędzy Wojskowym Instytutem Medycznym w Warszawie a IDS-BUD S.A. – dowód nr 8,
3. ofert podwykonawców Odwołującego na dostawę sprzętu medycznego oraz dostawę i montaż instalacji gazów medycznych – dowód nr 9,
 4. opinii technicznej na temat możliwości wyodrębnienia instalacji gazów medycznych w procesie technologicznym budowy z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 10,
 5. oświadczenia dyrektora Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu z dnia 6 czerwca 2016 r. i opinii dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia z dnia 22 czerwca 2016 r. – dowód nr 11,
 6. oświadczenia członków zarządu Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z dnia 6 czerwca 2016 r. – dowód nr 12,
 7. wyciągu z kosztorysu na roboty budowlane (str. 432, 457 i 494 oferty Konsorcjum IDS), wyciągu z formularza ofertowego (str. 1-2 oferty Konsorcjum IDS), treści pytań nr 27, 30, 31, 32, 41, 42, 46, 50 i 56 wraz z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami (pismo Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2015 r.), wyciągów z kosztorysów ofertowych załączonych do oferty Konsorcjum IDS – dowód nr 13.

Konsorcjum E wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

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

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

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

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

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

Rozstrzygnięcie o wnioskach Zamawiającego o odrzucenie odwołań

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad casum żadne z okoliczności uzasadniających odstępianie od stosowania przez Zamawiającego regulacji Pzp nie zachodzą. Prowadzi on bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika chociażby z przywołanej w SIWZ podstawy prawnej (str. 1 SIWZ), zaś zaskarżone czynności dotyczą m.in. odrzucenia ofert odwołujących z uwagi na błędy w obliczeniu cen, czyli niewłaściwego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Okoliczność, że dwóch spośród odwołujących uczyniło podstawą zarzutów również przepisy Ustawy o VAT nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu wniesionych przez nich środków ochrony prawnej.

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

W ocenie składu orzekającego okoliczność, że Zamawiający uczynił dzień 27 maja 2016 r. wolnym od pracy, nawet jeśli upublicznił taką informację na stronie internetowej, nie mogła stanowić uzasadnienia dla twierdzenia, że odwołanie przesłane mu w tej dacie nie spełnia wymogów, o których mowa w art. 180 ust. 5 zd. pierwsze Pzp. Przepis ten obciąża odwołującego obowiązkiem przesłania zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, co – biorąc pod uwagę dzień, w którym Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – przypadało na 27 maja 2016 r. Próżno jest przy tym szukać argumentów uprawniających wnioski, że termin ten powinien *ad casum* ulec skróceniu do dnia 25 maja 2016 r. (dzień 26 maja 2016 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy) wyłącznie z tej przyczyny, że Zamawiający tak zorganizował swoją pracę, że 27 maja 2016 r. był dla niego dniem wolnym od pracy. Należy mieć na względzie, że termin na realizację obowiązku z art. 180 ust. 5 Pzp należy liczyć identycznie z terminem na wniesienie odwołania, a skoro ten nie uległ skróceniu, czego Zamawiający nie podnosił, to nie sposób twierdzić, że pierwszy ze wspomnianych terminów miałby upływać

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

W nawiązaniu do stanowiska Konsorcjum A, które wskazywało na brak możliwości przesłania Zamawiającemu kopii odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej z uwagi na przyjęte w Postępowaniu formy komunikacji (zob. Rozdział III SIWZ) skład orzekający uznał, że wykracza ono ponad argumentację Zamawiającego, co rodzi wątpliwości w zakresie zgodności takiego postępowania z przepisem art. 185 ust. 5 Pzp.

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

Nietrafne było również wskazywanie przez Zamawiającego, jako podstawy odrzucenia odwołania, na niezłączenie przez Konsorcjum E wymienionych w odwołaniu załączników. Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że wniosek taki byłby uprawniony wyłącznie w sytuacji, w której treść wspomnianych załączników miałaby wartość merytoryczną, uzasadniającą konieczność zapoznania się z nimi przez Zamawiającego. Nie dotyczy to natomiast załączników, które służą wykazaniu spełniania przez odwołanie wymogów formalnych, takich jak chociażby dowodu uiszczenia wpisu, pełnomocnictw, czy dokumentów rejestrowych, a tego rodzaju dokumenty wymieniono w załącznikach do odwołania Konsorcjum E.

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

Rozstrzygnięcie o zgłoszonych przystąpieniach do postępowania odwoławczego

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

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

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

Legitymacja odwołujących do korzystania ze środków ochrony prawnej

Izba uznała, że co do zasady, z zastrzeżeniem poniższych uwag, każdemu z odwołujących przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, wynikająca ze spełnienia przesłanek określonych przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Sygn. akt KIO 898/16

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

W powyższych okolicznościach uznano, że Odwołujący prawidłowo zaskarżył odrzucenie swojej oferty, ponieważ nie można było od niego racjonalnie oczekiwać antycypowania zachowania innego uczestnika Postępowania (Konsorcjum IDS), którego oferta – w momencie wnoszenia przez Konsorcjum Inso odwołania – również była odrzucona.

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

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

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

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

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

Sygn. akt KIO 899/16

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

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

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

Sygn. akt KIO 901/16

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

Rozstrzygnięcie o podlegających merytorycznej ocenie zarzutach odwołań

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

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

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

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

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

Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że wspomniana wyjątkowość oznacza konieczność analizowania możliwości zastosowania konstrukcji świadczenia kompleksowego w realiach konkretnego stanu faktycznego. *Ergo*, argumenty ogólne, czy wskazujące na pewne tendencje w interpretacji podobnych stanów faktycznych przez zamawiających w innych postępowaniach, organy podatkowe, sądy czy Izbę nie mogą mieć przesądzającego znaczenia przy rozstrzyganiu o zasadach opodatkowania określonych świadczeń (zob. dowody nr 5, 8, 11, 13 i 15).

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

Odnosząc się bezpośrednio do kwalifikacji instalacji gazów medycznych Izba zwróciła uwagę, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego dokumentacja Postępowania dawała podstawy do wyodrębnienia tego świadczenia, chociażby z tego względu, że dla systemu rurociągów opracowany został odrębny przedmiar, a samą instalację opisano w dokumentacji projektowej. Jakkolwiek wykonanie tego świadczenia w ramach usługi budowlanej jest z pewnością uzasadnione szeregiem względów natury prawnej (zakaz dzielenia zamówienia w celu obejścia przepisów Pzp), czy praktycznej (synchronizacja prac w procesie budowlanym), tym niemniej nie musi to oznaczać, że mamy do czynienia ze świadczeniami tak ściśle związanymi, że ich ewentualne rozdzielanie miałyby charakter sztuczny. Tytułem przykładu zauważyć należy, że świadczenia te można oddzielić w czasie, co potwierdza możliwość objęcia przedmiotem zamówienia wyłącznie dostawę i montaż takiej instalacji (zob. dowód nr 3 i 11), czy powierzyć do wykonania innemu podmiotowi, o czym świadczą przedstawione przez odwołujących oferty podwykonawców (dowody nr 4, 9, 16), co i tak nie przeczyłoby możliwości osiągnięcia przez Zamawiającego finalnego rezultatu.

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

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

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

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

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający uznał za wiarygodne w omówionym zakresie memorandum złożone do akt sprawy przez Konsorcjum IDS (dowód nr 7), a także za częściowo wiarygodną opinię prawopodatkową przedstawioną przez Konsorcjum Inso (dowód nr 1), jednakże wyłącznie w zakresie twierdzeń odnoszących się do warunków jakim powinno odpowiadać świadczenie kompleksowe oraz związanych z kwalifikacją instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego.

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

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

Ponadto w treści omawianej opinii – poza odwołaniem się do dorobku orzeczniczego TSUE – nie wskazało na czym konkretnie miałyby polegać pogorszenie funkcjonalności systemu podatku od towarów i usług w przypadku odejścia od koncepcji świadczenia kompleksowego. Co zaś dotyczy zawartych w niej twierdzeń, jakoby instalację gazów medycznych można traktować jako wyrób medyczny dopiero po zakończeniu robót budowlanych Izba uznała, że stoją one w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego (por. przepis art. 185 ust. 5 Pzp), który nie kwestionował statusu instalacji jako wyrobu medycznego, co uzasadniało ich pominięcie.

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

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

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

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

Nie sposób również nie zauważyć, że wspomniana opinia zawiera w tej części zastrzeżenia o braku po stronie jej autora dostatecznej wiedzy technicznej, co powoduje, że wniosków zawartych w opinii nie można uznać za kategoryczne i przesądzające o poprawności mechanizmu zastosowania różnych stawek do opodatkowania dostawy instalacji gazów medycznych.

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

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

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

Nie przesądzała również o kompleksowości świadczeń ujętych pod poz. „roboty budowlane”, ani świadczeń składających się na budowę szpitala w ogóle,

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

Wspomniana odpowiedź nie stanowiła również, jak chciało tego Konsorcjum A, przesądzenia (wskazania) właściwej stawki podatku przez samego Zamawiającego. Gdyby bowiem tak było, to zgodnie z powołaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uchwałą SN byłby on zobligowany do rozważenia, czy nie zachodzą podstawy do poprawienia w ofertach odwołujących się wykonawców innych omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podczas gdy Zamawiający po prostu odrzucił je w powołaniu na błąd w obliczeniu ceny, co odpowiada sytuacji, w której stawka VAT nie została określona na gruncie danego postępowania. Zamawiający nie dokonał zatem, w następstwie omawianego wyjaśnienia treści SIWZ, zmiany postanowienia Rozdziału XXII ust. 1 SIWZ, zgodnie z którym oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, tj. (...) powiększonej o VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie.

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

Konsekwencją przedstawionych powyżej zapatrywań było stwierdzenie przez Izbę nieprawidłowej oceny ofert złożonych przez Konsorcjum IDS i E, a także częściowo nieprawidłowej oceny Konsorcjum Inso, czym Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Mając jednak na uwadze okoliczność, że zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Konsorcjum Inso nie potwierdził się w całości oraz, że uwzględnieniu odwołania Konsorcjum E sprzeciwia się przepis art. 192 ust. 2 Pzp, Izba oddaliła w tym zakresie odwołania tych wykonawców (pkt 1 i 3 sentencji orzeczenia), uwzględniając jednocześnie odwołanie Konsorcjum IDS (pkt 2 sentencji orzeczenia).

Ponadto, z uwagi na rozstrzygnięcie niniejszym wyrokiem kwestii świadczenia kompleksowego i związanych z nią stawek VAT dla objętych odwołaniami świadczeń

(co wyłącza konieczność wzywania wykonawców do wyjaśnienia treści ofert, którą to okoliczność podnosiło Konsorcjum IDS zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 Pzp) skład orzekający uznał, że Zamawiający niewłaściwie ocenił ofertę Konsorcjum A, która – podobnie jak oferta Konsorcjum Inso – również obarczona była błędem we obliczeniu ceny. Konieczne stało się zatem nakazanie Zamawiającemu jej odrzucenia, ponieważ brak jest podstaw do dopuszczenia do ponownej oceny ofert, w których wykonawcy zastosowali różne stawki podatku od towarów i usług.

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

Zarzut nie potwierdził się.

W ocenie Izby przystępujące Konsorcjum IDS w sposób rzetelny i wiarygodny wyjaśniło przyczynę odmiennej konstrukcji kosztorysu obejmującego roboty budowlane, a złożony dowód w postaci wyciągu z kosztorysu i formularza ofertowego (dowód nr 12) potwierdza, że ujęte w nim wartości sumują się do kwoty wykazanej w poz. 1 części II formularza.

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

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

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

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

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

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

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

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

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

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

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....