

WYROK
z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2020 r. przez Odwołującego – CLIMAMEDIC sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Michałowicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Expobud M. C. w Wołominie, M. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. S. Maro w Majdanie, R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Energetyczno-Budowlana „Elmor” R. A. S. w Warszawie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego po stronie Zamawiającego do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie wymaganego minimalnego doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz kierowników branżowych, wobec uwzględnienia tego zarzutu odwołania przez Zamawiającego i braku sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 2. zasądza Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 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:

Uzasadnienie

SP ZOZ Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja Pawilonu nr 10 Szpitala Wolskiego na potrzeby Oddziału Diennej Rehabilitacji Kardiologicznej i Oddziału Rehabilitacji Neurologicznej wraz z zapleczem dydaktycznym”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 22 sierpnia 2019 r., pod nr 588939-N-2019.

10 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Expobud M. C. w Wołominie, M. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. S. Maro w Majdanie, R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Energetyczno-Budowlana „Elmor” R. A. S. w Warszawie (dalej „Konsorcjum”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 15 stycznia 2020 r. przez wykonawcę CLIMAMEDIC sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Michałowicach (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, względnie – art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie wymaganego minimalnego doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz kierowników branżowych (elektrycznego i sanitarnego), w wyniku czego Zamawiający

bezpodstawnie przyjął, że Konsorcjum spełnia postawiony w tym zakresie warunek zdolności technicznej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia z Postępowania, względnie – art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia – zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (członków Konsorcjum) nie zalegał z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne na dzień składania ofert;
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie prawidłowego zbadania oferty Konsorcjum i w konsekwencji zaniechanie jej odrzucenia z powodów wskazanych w pkt 4 i 5 poniżej, polegające na nienależytej ocenie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), której nie można skorygować w trybie art. 87 Pzp, polegającą na złożeniu wraz z ofertą kosztorysów sporządzonych niezgodnie z wymaganiami SIWZ;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum;
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych prawidłowych ofert.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

I. Niewykazanie spełnienia warunku zdolności technicznej

W Rozdziale 5 SIWZ, w pkt 5.4.3, ppkt 2-4 SIWZ, Zamawiający wymagał dysponowania osobami do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz kierowników robót branżowych (elektrycznych i sanitarnych) osób posiadających wymagane prawem uprawnienia budowlane oraz doświadczenie, odpowiednio:

Lp.		Minimalne wymagane doświadczenie
1	Kierownik budowy	<ul style="list-style-type: none"> – minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym co najmniej raz przy budowie/przebudowie budynku o charakterze medycznym z oddziałami szpitalnymi o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto, – wymagania kwalifikacyjne zawarte w § 37c i g ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tj. Dz.U 2018 poz. 2067): „Robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury
2	Kierownik robót elektrycznych	min. 3-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót
3	Kierownik robót sanitarnych	min. 3-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót

W złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, Konsorcjum – w odniesieniu do każdej z osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót – nie podało informacji potwierdzających posiadanie minimalnego oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia. Konsorcjum posłużyło się sformułowaniem „X lat pracy w budownictwie”, co nie jest tożsame z doświadczeniem oczekiwanym przez Zamawiającego ograniczającym się do „pracy w budownictwie” w szczególnym charakterze, tj. kierownika budowy lub kierownika robót. Dodatkowo należy zauważyć, że nawet posiłkowo posługując się informacjami zawartymi w złożonym przez Konsorcjum wykazie robót budowlanych, doświadczenie wykazane przez Pana M. C. nie potwierdza posiadania min. 5 letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Zsumowanie okresu realizacji zamierzeń inwestycyjnych wskazanych w Wykazie robót budowlanych to okres maksymalnie 46 miesięcy spośród wymaganych 60 miesięcy (okres realizacji zamierzeń z poz. 1 i 2 Wykazu częściowo się pokrywa – kwiecień-grudzień 2018 r. – więc nie podlega dwukrotnemu sumowaniu). Brak natomiast jakichkolwiek informacji o zamierzeniach inwestycyjnych, w których Panowie A. B. i J. F. pełnili funkcje kierowników robót przez wymagany przez Zamawiającego okres.

Powyższe świadczy o niewykazaniu przez Konsorcjum spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, i jednocześnie o popełnionych przez Zamawiającego zaniechaniu w toku procesu badania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, które doprowadziło

do dokonania wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że złożona przez Konsorcjum oferta, jak i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu nie dają podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp, bowiem wyjaśnieniom może polegać jedynie informacje zawarte w ofercie lub ww. dokumentach, a nie ich brak (zresztą Zamawiający i tak nie wykonał czynności wyjaśniających w powyższym zakresie). Tym samym, gdyby oferta Konsorcjum nie podlegała odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany byłby wezwać Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wobec niewykazania poprzez złożone na wezwanie dokumenty spełnienia postawionego w tym zakresie warunku.

II. Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia

Zgodnie z Rozdziałem 5, pkt 5.1.3 SIWZ, w Postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 8 Pzp, tzn. którzy nie naruszyli obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Na potwierdzenie powyższej okoliczności, Konsorcjum pismem z dnia 18.12.2019 r. zostało wezwane do złożenia zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Dokument powinien zostać złożony przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (członków Konsorcjum). Konsorcjum za pismem z dnia 23.12.2019 r., złożyło dla każdego swojego członka zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek. Złożone dokumenty (szt. 3) potwierdzały brak zaległości w opłacaniu składek odpowiednio: dla M. C. na dzień 19.12.2019 r., M. S. na dzień 13.12.2019 r. oraz dla R. S. na dzień 5.11.2019 r. Z powyższego wynika, że Konsorcjum nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z powodu niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia w okresie od dnia złożenia przez Konsorcjum oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, tj. od dnia 4.10.2019 r. (dzień złożenia oferty) do dnia wskazanego każdorazowo w złożonych zaświadczeniach.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Następnie wykonawca składa, aktualne na dzień złożenia, oświadczenia lub dokumenty,

potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp. Użyte w przepisie sformułowanie – aktualne na dzień złożenia – w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO oraz stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych nie oznacza, że wykonawca powinien dysponować środkami dowodowymi na okoliczności wskazane w art. 25 ust 1 Pzp jedynie na określony, „punktowy” moment ich rewizji, lecz powinien móc wykazać te okoliczności przez cały czas trwania postępowania. Przyjęcie odmiennej interpretacji obowiązujących przepisów prowadziłyby do pozaprawnego zróżnicowania sytuacji wykonawców, którzy wzywani do złożenia dowodów w różnych momentach, mogliby całkowicie przypadkiem nie zostać wykluczeni, bo akurat po kilku miesiącach nieregulowania zobowiązań publicznoprawnych uregulowali by zaległości na potrzeby pozyskania zamówienia.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany był zweryfikować brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania w całym okresie jego prowadzenia, tzn. od momentu złożenia przez Konsorcjum oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, czego bezpodstawnie zaniechał.

III. Niezgodność treści oferty z SIWZ

W rozdziale 10, pkt 10.10 Zamawiający wskazał dokumenty, które każdy z wykonawców był zobowiązany złożyć wraz z ofertą. Na tej podstawie wykonawcy zobowiązaniu byli złożyć wraz z ofertą kosztorysy ofertowe. Sposób obliczenia ceny określono natomiast w rozdz. 12 SIWZ. Zgodnie z pkt 12.2 SIWZ:

„Cenę ofertową brutto wpisaną do Formularza Oferty powinna stanowić kwota wyliczona w kosztorysie ofertowym opracowanym w formie szczegółowej w oparciu o kosztorys przedmiarowy załączony do niniejszej SIWZ, stanowiący zestawienie planowanych prac”.

W kolejnych pkt, tj. 12.3 – 12.6 Zamawiający szczegółowo określił warunki, formę oraz wymagane elementy, które powinny się znaleźć w kosztorysach składanych przez wykonawców. Zgodnie z tymi postanowieniami wykonawcy zobowiązani byli złożyć kosztorysy (na podstawie kosztorysu przedmiarowego w układzie kosztorysu szczegółowego) zawierające takie elementy jak:

- wartość kosztorysową,
- datę opracowania kosztorysu,
- wykaz stawek i narzutów cenotwórczych, w tym stawek podatku VAT (pkt 12.3 SIWZ),
- stawka roboczogodziny.

Podkreślenie wymaga, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym za roboty budowlane sporządzenie kosztorysu (wedle wymagań ściśle określonych w SIWZ) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. W takim przypadku kosztorys stanowi treść oferty i podlega badaniu w zakresie zgodności z treścią SIWZ. Opisanie przez Zamawiającego przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót stanowi zatem określenie przez Zamawiającego wymagań dotyczących zakresu i sposobu konkretyzacji oświadczenia woli objętego ofertą. Oznacza to również, że intencją Zamawiającego jest, aby każda pozycja kosztorysu oraz całość prac składających się na przedmiot zamówienia zostały wycenione, i aby ceny te miały realny charakter. W przypadku kosztorysowego wynagrodzenia wykonawca powinien starannie i zgodnie z wymogami Zamawiającego wycenić przedmiar robót budowlanych. Ujęcie w wycenionym przedmiarze robót budowlanych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena umożliwi bowiem Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert porównanie złożonych ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że oferta Konsorcjum w zakresie złożonych kosztorysów zawiera szereg nieprawidłowości i niezgodności SIWZ. Kosztorysy złożone przez Konsorcjum nie zawierają takich istotnych elementów oferty jak:

- cen brutto (zarówno w podsumowaniu jak i na stronie tytułowej);
- wyliczenia w pozycjach ceny jednostkowej roboty narzutów, kosztów pośrednich i zysku (są tylko koszty robocizny, materiałów i sprzętu);
- data opracowania.

Tak przedstawione kosztorysy nie spełniają wymogów z pkt 12.2 i 12.4 SIWZ. Nie są zgodne również z pkt 12.5 i 12.6 SIWZ, wedle którego cena ofertowa wyliczona w kosztorysie ofertowym stanowi wynagrodzenia wykonawcy zawierające wszystkie koszty niezbędne do poniesienia przez wykonawcę w celu wykonania robót zgodnie z kosztorysami przedmiarowymi, postanowieniami SIWZ i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Ponadto, ceny jednostkowe w kosztorysach Konsorcjum nie są kompletne i nie pozwolą dokonać rozliczenia końcowego (kosztorysem powykonawczym). Zgodnie z § 8 ust. 3 Projektu umowy (zał. nr 5 do SIWZ): „Po zakończeniu robót wynagrodzenie ostateczne zostanie rozliczone kosztorysem powykonawczym sporządzonym w formie kosztorysu szczegółowego z zastosowanymi cenami jednostkowymi materiałów, pracy sprzętu i robocizny oraz narzutami z kosztorysu ofertowego na podstawie obmiaru robót zaakceptowanego przez Inspektora Nadzoru”. To samo tyczy się robót dodatkowych, o

których mowa w § 8 ust. 7 Projektu umowy (zał. nr 5 do SIWZ): „Rozliczenie robót dodatkowych, nastąpi w oparciu o składniki cenotwórcze zawarte w ofercie Wykonawcy”.

Zamawiający – pismem z dnia 22.10.2019 r. – wezwał Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy sumą wartości poszczególnych kosztorysów a wartością wynikającą z formularza ofertowego (str. nr 1 oferty Konsorcjum). Pismem z dnia 22.10.2019 r. Konsorcjum udzieliło odpowiedzi, w której trudno doszukać się jakichkolwiek wyjaśnień, do których Konsorcjum zostało wezwane. Konsorcjum lakonicznie wskazało, że oprogramowanie którym się posługiwało przy sporządzaniu kosztorysów, nie umożliwiało mu dokonania kalkulacji ofertowej przy zastosowaniu w tym samym kosztorysie różnych stawek VAT, co jednak – zdaniem Odwołującego – nie stanowi uzasadnienia dla pominięcia wymaganych przez Zamawiającego informacji, które Konsorcjum zobowiązane było przedstawić na etapie sporządzenia oferty. Warto zauważyć, że nawet kosztorysy sporządzone dla zakresów, dla których właściwa była jedna stawka VAT, nie zawierały informacji ani o stawce tego podatku ani pozostałych wskazanych na wstępie tego zarzutu. Powyższe stanowi raczej dowód na to, że Konsorcjum nienależycie przygotowało ofertę niestosując się do wymagań Zamawiającego i wymaganych informacji nie zamierzało przedstawić Zamawiającemu na etapie złożenia oferty. Gdyby rzeczywiście rodzaj oprogramowania, którym posługiwało się Konsorcjum, nie umożliwiał generowania kosztorysów w kwotach brutto, nic nie stało na przeszkodzie aby brakujące informacje Konsorcjum załączyło do oferty w innym dokumencie stanowiącym uzupełnienie przedłożonych kosztorysów, co jednak nie miało miejsca. Powyższe świadczy zatem o tym, że Konsorcjum celowo pominęło te informacje na etapie złożenia oferty, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty.

Zamawiający nie kierował kolejnych wezwań w zakresie złożonych przez Konsorcjum kosztorysów. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że w zakresie złożonych kosztorysów wzywany był trzykrotnie (w tym dwukrotnie zakresie zastosowanych stawek VAT). W tym przypadku mamy zatem do czynienia z nierównym traktowaniem wykonawców, a zatem naruszeniem art. 7 Pzp. Podkreślenia również wymaga, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 ust. 1a i 2 Pzp, czy dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze

specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. Wyjaśnieniami nie można przywrócić możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

W zaistniałym przypadku nie może być zatem mowy o możliwości poprawienia jakiegokolwiek omyłki, ponieważ niezgodność oferty Konsorcjum SIWZ sprowadza się do tego oferta nie zawiera jej istotnych elementów (rozdz. 12 SIWZ).

IV. Błąd w obliczeniu ceny Konsorcjum

W Rozdziale 12 SIWZ dotyczącym sposobu kalkulacji ceny oferty. Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu obliczenia ceny oferty przy zastosowaniu konkretnej stawki VAT dla poszczególnych elementów robót, pozostawiając samym wykonawcom decyzję o ustaleniu prawidłowej stawki VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami (pkt 12.3 SIWZ). Tym samym to na wykonawcy ciążył obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku, przy zastosowaniu której powinien skalkulować cenę oferty.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacyjnych robót budowlanych wszystkich branż, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych. Odnośnie instalacji gazów medycznych Zamawiający w pkt. 3.1 SIWZ określił wymogi zaoferowania w ofercie instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego zgodnego z ustawą o wyrobach medycznych oraz dyrektywą medyczną 93/42/EWG. Podkreślenia jednak wymaga, że instalacja gazów medycznych rozumiana jako system rurociągowy dla gazów medycznych dopiero z chwilą pozytywnego dokonania procedury certyfikacji przez podmiot posiadający stosowane uprawnienia potwierdzone odpowiednim certyfikatem uzyskuje status wyrobu medycznego klasy IIb.

Co do zasady towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową, która wynosi 23% (na potrzeby VAT, roboty budowlane traktowane są jako usługi), z wyłączeniem jej stosowania, gdy w przepisach przewidziano możliwość określenia innej stawki i zaistniały w dniu powstania obowiązku podatkowego przesłanki do jej zastosowania. Zgodnie z wytycznymi wynikającymi z krajowych interpretacji podatkowych (np. Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach IBPP2/443-191/II/RSz), jak i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE, obecnie przeważającym poglądem jest ten, wedle którego usługi obejmujące wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowane w ramach wykonania budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa pkt 1 ustawy o VAT.

W świetle powyższego, prace polegające na wykonaniu instalacji gazów medycznych objęte kosztorysem dla gazów medycznych (z wyłączeniem pozycji dot. sprzedaży paneli nadłóżkowych), zaklasyfikowane powinny zostać jako usługi, dla których właściwą stawką

opodatkowania jest ta wskazana w art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa pkt 1 ustawy o VAT, tj. 23%. Z treści wyjaśnień Konsorcjum opatrzonych datą 22.10.2019 r. wynika, że roboty w zakresie instalacji gazów medycznych – z wyłączeniem robót budowlanych polegających na wierceniu otworów, przebiciach, bruzdowaniu i zabezpieczaniu przejść ppoż. – zostały przez Konsorcjum skalkulowane ze stawką 8%. Powyższe stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie obowiązujących przepisów prawa, nie tylko dlatego, że nieuprawnionym jest oddzielenie prac w zakresie instalacji gazów medycznych od pozostałych prac budowlanych i skalkulowanie ich ze stawką 8%, ale również wydzielenie prac towarzyszących/pomocniczych wykonaniu rurociągów jako instalacji gazów a wskazanych w dziale 8 kosztorysów i skalkulowanie ich ze stawką 23%.

Konsorcjum wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty w żadnym miejscu nie odniosło się do podstaw skalkulowania swojej oferty z zastosowaniem stawki obniżonej dla instalacji gazów medycznych i podstaw skalkulowania części prac z tego zakresu ze stawką 23%. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia wyjaśnień w powyższym zakresie pomimo, iż taką procedurę złożenia wyjaśnień zastosował wobec Odwołującego dwukrotnie, który prace w zakresie instalacji gazów medycznych skalkulował ze stawką podstawową. Powyższe stanowi również dowód na nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, oferta Konsorcjum zawiera błąd o obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT, tj. 8% dla instalacji gazów medycznych. W świetle utrwalonego orzecznictwa, skalkulowanie ceny oferty z zastosowaniem niewłaściwej stawki podatku stanowi błąd w obliczeniu ceny nie podlegający korekcie, o której mowa w art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie:

1. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku w treści wykazu osób informacji na temat liczby lat doświadczenia odpowiednio dla kierownika budowy, kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci instalacji i urządzeń, cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
2. wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie

I. Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia

Zamawiający wskazał, że aktualność oświadczeń składanych wraz z ofertą należy badać w kontekście treści przepisu, z którego wynika obowiązek żądania takich oświadczeń oraz z punktu widzenia celu jakiemu służy złożenie takiego oświadczenia. Z art. 25a ust. 1

Pzp wynika, że oświadczenia składane wraz z ofertą winny być aktualne na dzień składania ofert. Zatem wstępne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu stwierdzające brak podstaw do wykluczenia winny potwierdzać te okoliczności na moment złożenia oferty. Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych aktualność ta rozciąga się w czasie następująco: „Jednocześnie w instytucję wstępnego potwierdzania zdolności wykonawcy wpisane jest założenie, że wstępne oświadczenia zachowywać muszą aktualność przez trwania postępowania. Wstępne oświadczenia pełnią bowiem, co do celu, podobną funkcję w postępowaniu jak środki dowodowe będące dokumentami, tj. uprawdopodobniają, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać, że wykonawca jest zdolny do realizacji zamówienia. Niewystarczające jest zatem wykazanie zdolności do realizacji zamówienia tylko na konkretny dzień w postępowaniu, nie potwierdza to bowiem, choćby wstępnie, że wykonawca istotnie uprawdopodobnił okoliczność, że jest podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia po podpisaniu umowy. *Aktualność oświadczeń własnych* winna być zatem rozumiana nie jako aktualność w konkretnym punkcie na osi czasu (np. dzień składania ofert), ale jako trwający przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stan ciągły którego punktem początkowym może być, np. termin składania ofert”.

Zdaniem Zamawiającego wykonawca ma być cały czas zdolny do realizacji zamówienia, a o zdolności tej nie świadczy brak podstaw do wykluczenia tylko i wyłącznie w dniu wyznaczonym jak termin składania ofert w postępowaniu. Tak więc dokumenty składane na wezwanie uznawane jako środki dowodowe „mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia”, oraz mają potwierdzać stan istniejący w chwili złożenia tych dokumentów. Wykonawca, który składa dokumenty na wezwanie, może się nimi posłużyć, o ile pozostają aktualne. Urząd Zamówień Publicznych wskazuje, że: „(...) *aktualne* oświadczenia lub dokumenty potwierdzają okoliczność niepodlegania wykluczeniu na podstawie odpowiedniego przepisu z art. 24 ust. 1 lub 5 ustawy Pzp w dniu złożenia go przez wykonawcę. Oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać, że *teraz* (w czasie terażniejszym) stan faktyczny jest taki, o jakim zaświadcza dokument. Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Drugorzędna jest przy tym data wystawienia oświadczenia lub dokumentu, która może wskazywać na dzień ich złożenia w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp lub inny dzień wcześniejszy.” Tak więc na dzień składania ofert dowodem na brak podstaw do wykluczenia jest oświadczenie, potwierdzone

zaświadczeniem aktualnym na dzień wezwania, bowiem przedstawia aktualny stan na dzień złożenia tego dokumentu i potwierdza ciągłość prawdziwości złożonego oświadczenia.

II. Niezgodność treści oferty z SIWZ

Zamawiający wskazał, że załączony do oferty Konsorcjum kosztorys odzwierciedla wyliczenia kwoty ofertowej w oparciu o kosztorys przedmiarowy załączony do SIWZ, tj. zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 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. Kosztorys zawiera wszystkie pozycje przedmiarowe, a także został obliczony jako suma iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. Kosztorysy ofertowe co do zasady wykazują ceny w wartościach netto, bowiem tak skonstruowane są programy do ich obliczania. Podobnie zresztą swój kosztorys w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych sporządził odwołujący. Fakt nie umieszczenia na pierwszych stronach każdej z części kosztorysu daty jego sporządzenia jest bez znaczenia dla oceny tego kosztorysu, bowiem stanowi ona część oferty, a zatem co do daty istotna jest data złożenia oferty a nie wypełniania czy drukowania kosztorysów przez oferentów. Okoliczność ta nie może stanowić żadnej podstawy do uznania, że oferta podlega odrzuceniu. Tym samym zarzut jest bezpodstawny. Podobnie jak kolejne zarzuty odnoszące się do treści kosztorysu ofertowego, i wyliczenia cen brutto, bowiem kosztorys jest zgodny z przedmiarem.

III. Błąd w obliczeniu ceny Konsorcjum

Zamawiający podał, że za zasadę przyjęte jest odrębne traktowanie VAT każdego ze świadczeń. Dopiero jeżeli kilka świadczeń jest ze sobą funkcjonalnie powiązanych w taki sposób, że wyodrębnianie ich byłoby działaniem sztucznym, a ponadto niektóre ze świadczeń (tzw. świadczenia pomocnicze) nie stanowią dla nabywców celu samego w sobie, wówczas dla celów VAT nie należy wyodrębniać takich pojedynczych świadczeń, a całość usługi powinna być traktowana jednolicie dla celów VAT. Dodał, że Konsorcjum zastosowało prawidłową stawkę podatku dla instalacji gazów medycznych, ponieważ jest to wyodrębniony i w całości wykonany nowy wyrób medyczny podlegający próbom jakościowym, odbiorowi oraz certyfikacji medycznej dopuszczającej instalację gazów medycznych do użytkowania w całości w warunkach szpitalnych. Instalacja ta jest wyrobem medycznym oznaczonym znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej oraz musi zostać zgłoszona w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Powoduje to, że VAT dla tego wyrobu jest określony w ustawie o podatku od towarów i usług

wynosi 8%, zgodnie z zał. 3 poz. 105 ustawy o VAT. Niewystarczający dla uznania danego świadczenia za kompleksowe jest jedynie związek poszczególnych usług wchodzących w jego skład ze sobą. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, z odrębnymi usługami mamy do czynienia wtedy, gdy różne elementy danej usługi jedynie przyczyniają się do lepszego skorzystania ze świadczenia głównego, ale nie są warunkiem koniecznym do wykonania usługi wiodącej. Usługa traktowana jest jak element usługi kompleksowej wówczas, gdy cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Prace związane z instalacją gazów medycznych mogą być przedmiotem odrębnego zamówienia i nie są nierozdzielnie związane ze świadczeniem głównym (w ofercie Konsorcjum instalacja gazów medycznych została wyodrębniona w ramach odrębnego kosztorysu wykonawcy jako usługa instalacji gazów medycznych, która jest certyfikowanym wyrobem medycznym). Świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru.

Zamawiający podał również, że nie zmienia zasady objęcia stawką obniżoną fakt, że Odwołujący przyjął w swojej ofercie prawdopodobnie odmienny charakter wykonywania zadania przez co uznał, że wyrobem medycznym są jedynie panele nadłóżkowe.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W piśmie z 28 stycznia br. Konsorcjum przedstawiło następujące stanowisko w sprawie.

I. Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia

Na zasadzie art. 26 ust. 1 i 2 Pzp dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Jedynie oświadczenia składane na podstawie art. 25 ust. 1a lub 2 Pzp (oświadczenia wstępne) powinny potwierdzać sytuację podmiotową wykonawcy nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert.

Złożone przez Przystępującego dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w postaci zaświadczeń właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków Konsorcjum) nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne są aktualne na dzień złożenia, jednocześnie zachowują swoją aktualność również na dzień składania ofert.

Złożone dokumenty odnoszą się do oświadczenia wstępnego i potwierdzają informacje w nim zawarte. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający już bowiem w dacie składania ofert uzyskał wstępne potwierdzenie, że żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie podlega wykluczeniu z postępowania. Złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty w postaci zaświadczeń właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzają wskazane okoliczności, nie są one w żaden sposób sprzeczne z deklaracją zawartą w oświadczeniu wstępnym, przeciwnie – uzupełniają ją, tworząc logiczną całość. Należy również zwrócić uwagę, że w obecnym brzmieniu ustawa Pzp nie przewiduje możliwości składania przez wykonawcę oświadczeń dotyczących aktualności dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 Pzp na dzień składania ofert.

W rezultacie sama czynność złożenia przez Przystępującego zaświadczeń ZUS zgodnych co do treści z oświadczeniem wstępnym potwierdza aktualność złożonych dokumentów również na dzień składania ofert. Natomiast Odwołujący formułując zarzut nie wykazał w żaden sposób, że którykolwiek z członków Konsorcjum zalegał z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne na dzień składania ofert.

II. Niezgodność treści oferty z SIWZ

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ dotyczy postanowienia pkt 12.2 SIWZ, które ma charakter formalny. Elementy o których braku twierdzi Odwołujący mają charakter nieistotny z punktu widzenia wyceny robót oraz realizacji.

Odnośnie zarzucanego przez Odwołującego braku wyliczenia w pozycjach ceny jednostkowej roboty narzutów, kosztów pośrednich i zysku zostały wskazane przez Przystępującego w na stronach tytułowych kosztorysów ofertowych, bez ich rozbicia szczegółowego dla jednostkowej pozycji kosztorysowej Konsorcjum podkreśliło, że wskazanie nakładów na poszczególne pozycje kosztorysowe nie jest na tyle istotne w kontekście przyszłych rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego określenie cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych jako cen netto nie powoduje braku możliwości rozliczenia prowadzonych robót, ponieważ wystarczy powiększyć ceny jednostkowe o stawkę VAT odpowiednio w wysokości: 23% (poz. 1-6 kosztorysów ofertowych „Budowlany”, „Branża Elektryczna”, „Instalacje Sanitarne”, „Instalacja Wentylacji i Klimatyzacji” oraz roboty budowlane wyodrębnione w dziale 8 kosztorysu ofertowego „Gazy Medyczne”), albo 8% (certyfikowane gazy medyczne – dział 1-7 kosztorysu ofertowego „Gazy medyczne”), zgodnie z załącznikiem do wyjaśnień z 22 października 2019 r.

Przystępujący dodał, że wezwanie dotyczyło jedynie wyjaśnienia przyczyn rozbieżności pomiędzy sumą wartości poszczególnych kosztorysów a wartością wynikającą z formularza ofertowego; Przystępujący w jednoznaczny sposób wyjaśnił przyczyny rozbieżności stwierdzonej przez Zamawiającego.

III. Błąd w obliczeniu ceny Konsorcjum

Zgodnie z pkt 3 SIWZ „przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych wielobranżowych”. Dla każdej z tych robót został opracowany oddzielny Kosztorys Przedmiarowy (stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ) oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (załącznik nr 10 do SIWZ). W obydwu tych dokumentach, instalacja gazów medycznych została ujęta jako oddzielna część zamówienia.

Zgodnie z pkt 1.1 STWIOR INSTALACJE SANITARNE – GAZY MEDYCZNE:

„Przedmiotem niniejszej specyfikacji technicznej są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót polegających na wykonaniu nowej technologii medycznej w zakresie instalacji gazów medycznych dla przebudowywanego Pawilonu nr 10 na potrzeby Ośrodka Rehabilitacji Kardiologicznej i Oddziału Rehabilitacji Neurologicznej wraz z zapleczem dydaktycznym na terenie Szpitala Wolskiego im. Dr Anny Gostyńskiej”.

Instalacja gazów medycznych w przedmiotowym zamówieniu nie jest remontowana ani modernizowana. Jest to wyodrębnione i w całości wykonane nowe urządzenie medyczne podlegające złożonym próbom jakościowym, odbiorowi oraz certyfikacji medycznej dopuszczającej instalację gazów medycznych do użytkowania w całości w warunkach szpitalnych. Wymagania dla instalacji gazów medycznych zostały jasno określone m.in. w pkt 3.1 akapit 2 SIWZ, gdzie stwierdzono jednoznacznie:

Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych oraz dyrektywą medyczną 93/42/EWG instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy IIb, reguła 2.9.11.12, i jak każdy wyrób medyczny, aby mógł być wprowadzony do użytkowania, zgodnie art. 11 ustawy o wyrobach medycznych musi być oznaczony znakiem CE oraz wpisany do zbioru danych, o którym mowa w art. 64 ustawy o wyrobach medycznych.

Powyższe okoliczności uzasadniają objęcie tych robót, jako świadczenia niezależnego i odrębnego, preferencyjną stawką VAT określoną w Ustawie o VAT, zgodnie z zał. 3 poz. 105 tej Ustawy, a wynoszącą 8%.

W przedmiotowej sprawie, żadna z przesłanek zakwalifikowania całości zamówienia jako usługi kompleksowej nie zaistniała. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że prace związane z instalacją gazów medycznych mogą być przedmiotem odrębnego zamówienia. Prace te nie są nierozzerwalnie związane ze świadczeniem głównym. Świadczenia te można

rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru. Dodatkowo wykonanie świadczenia głównego nie jest uwarunkowane wykonaniem instalacji gazów medycznych przebudowa mogłaby się odbyć bez wykonania tych prac, a Zamawiający mógłby w tym zakresie przeprowadzić oddzielne postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem byłaby instalacja gazów medycznych.

Natomiast świadczenie kompleksowe ma miejsce, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenia podstawowe i świadczenia pomocnicze, tzn. takie które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy — wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa lub więcej niezależnie opodatkowanych świadczeń.

W rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z różnymi świadczeniami, przy czym usługa instalacji gazów medycznych, która jest certyfikowanym wyrobem medycznym, mogła i powinna być traktowana jako świadczenie niezależne, które można oddzielić od innych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, co nie zmienia charakteru tego świadczenia ani jego wartości.

Na odrębność świadczeń składających się na zamówienie wskazuje również przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczania płatności za realizację zamówienia, tj. wystawienie faktury za każdą część zamówienia. Wykonawca będzie zatem mógł fakturować wykonanie robót związanych z każdą z branż zamówienia oddzielnie. Taki sposób fakturowania może wskazywać na odrębny charakter świadczeń zamówienia.

Działanie Przystępującego w tym zakresie było również uzasadnione wieloletnią praktyką realizowania podobnych robót, w tym robót, których częścią była instalacja gazów medycznych. Przystępujący występując w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składał oferty analogicznie z wyodrębnieniem 8% stawki VAT związanej z instalacją gazów medycznych. Wszystkie realizacje w tych postępowaniach były wykonane prawidłowo, rozliczone oraz skontrolowane.

Konsorcjum wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści faktur z 8-procentowym VAT dotyczących realizacji niżej wskazanych zamówień (dowody P1):

1. Instalacja gazów medycznych pn. „Przebudowa i modernizacja budynku A Warszawskiego Szpitala dla Dzieci SPZOZ ul. Kopernika 43 – II etap”;
2. Dostawa i montaż wyrobu medycznego – instalacja sprężonych gazów medycznych z sygnalizacją alarmową w Klinice Otolaryngologii z Blokiem Operacyjnym w WIM”;

3. Dostawa i montaż wyrobu medycznego – instalacja sprężonych gazów medycznych z sygnalizacją alarmową w ramach zadania „Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chorób Wewnętrznych, Nefrologii i Dializoterapii — WIM Warszawa”.

Na posiedzeniu Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali pisemne stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z 4 maja 2011 r. (sygn. IBPP2/443-191/11/Rsz).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Przystępującego, wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty z 22 października 2019 r., wyjaśnień Przystępującego z 22 października 2019 r., wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 18 grudnia 2019 r. oraz zaświadczeń z ZUS wystawionych dla członków Konsorcjum z 5 listopada, 13 i 19 grudnia 2019 r. Potwierdzają one przedstawione powyżej okoliczności stanu faktycznego, zatem nie wymaga on ponownego omówienia. Izba potraktowała przedstawioną na rozprawie przez Odwołującego indywidualną interpretację podatkową jako element jego stanowiska w sprawie, ponieważ nie dotyczy ona przedmiotowego stanu faktycznego, tj. nie odnosi się bezpośrednio do okoliczności rozpoznawanej sprawy.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej uwzględnionego zarzutu odwołania, w odniesieniu do którego Przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

Analizując pozostałe, nieuwzględnione zarzuty odwołania skład orzekający uznał je za nieuzasadnione z niżej wskazanych przyczyn.

I. Niewykazanie braku podstaw do wykluczenia

Chybione było twierdzenie o niewykazaniu przez Konsorcjum braku podstaw do wykluczenia z Postępowania z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp oparte na porównaniu terminu

składania ofert z datami dokumentów przedstawionych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp (jedynie na marginesie zaznaczyć wypada, że ze względu na wartość przedmiotowego zamówienia podstawą wezwania winien być ust. 2 przywołanego przepisu).

Izba wyjaśnia, że zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (podkreślenie Izby) oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ, mające potwierdzać brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Kolejno, w postępowaniu o wartości poniżej tzw. progów unijnych, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia (podkreślenie Izby) oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (okolicznościami tymi są: (1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, (2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz (3) brak podstaw wykluczenia).

Przenosząc dotychczasowe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy nie sposób nie zauważyć, że sposób postępowania Zamawiającego i Konsorcjum wpisywał się wprost w opisaną powyżej procedurę potwierdzania braku podstaw do wykluczenia. Przystępujący załączył do oferty oświadczenie w tym przedmiocie, a następnie – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – przedstawił dokumenty potwierdzające treść złożonego uprzednio oświadczenia. Nie znajduje uzasadnienia w przywołanych przepisach Pzp sformułowane przez Odwołującego oczekiwanie, jakoby Zamawiający powinien był zbadać stan braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania w okresie od upływu terminu składania ofert do terminu określonego datami wynikającymi ze złożonych przez Przystępującego zaświadczeń z ZUS. Odwołujący pomija bowiem, bądź deprecjonuje, wagę oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie tej okoliczności. Składane następnie dokumenty podmiotowe, niezależnie od daty ich wystawienia, która może (a wręcz – zważywszy na porównanie terminów aktualności określonych w art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 2 Pzp – będzie) przypadać na dzień po upływie terminu składania ofert, mają potwierdzać prawdziwość złożonego uprzednio oświadczenia (tu – okoliczność, że wykonawca nie podlega wykluczeniu). Na tym właśnie polega utrzymywanie ciągłości stanu niepodlegania wykluczeniu, do którego referował Odwołujący.

II. Niezgodność treści oferty z SIWZ

Na kanwie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ukształtował się pogląd, że niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ dotyczy elementów kształtujących zobowiązanie wykonawcy (definiujących przedmiot świadczenia), nie obejmuje natomiast przypadków niezastosowania się przez wykonawcę do technicznych wskazówek dotyczących sposobu prezentacji informacji zawartych w składanej zamawiającemu ofercie.

W tej sprawie Odwołujący, powołując się na postanowienia Rozdziału 12 SIWZ, w szczególności na ust. 12.3 i 12.4 SIWZ, wskazywał, że złożone przez Konsorcjum kosztorysy ofertowe nie zawierają informacji takich jak: cena brutto, wyliczenie w pozycjach ceny jednostkowej roboty narzutów, kosztów pośrednich i zysku, czy data sporządzenia kosztorysu.

Odnosząc się do zarzucanych ofercie Przystępującego braków w treści załączonych do oferty kosztorysów skład orzekający uznał, że nie kwalifikują się one do przypadków niezgodności treści oferty z SIWZ. Przypomnieć należy, że przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych wielobranżowych wyspecyfikowanych w Rozdziale 3 ust. 3.1 SIWZ i opisanych szczegółowo w kosztorysach przedmiarowych, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót i dokumentacji projektowej stanowiących załączniki nr 2, 9 i 10 do SIWZ. Co istotne, zgodnie z Rozdziałem 12 ust. 6 SIWZ wynagrodzenie wykonawcy zostanie wyliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego przy zastosowaniu cen jednostkowych robocizny, materiału i sprzętu wynikających z kosztorysu załączonego przez wykonawcę do oferty, przy czym kosztorysy ofertowe Konsorcjum zawierają te elementy. Odwołujący nie przedstawił natomiast argumentów, ani dowodów na okoliczność, że zakres świadczenia wynikający ze sporządzonych przez Konsorcjum kosztorysów nie pokrywa się z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Odnosząc się dodatkowo do informacji o wysokości stawki VAT zastosowanej w ofercie Przystępującego Izba wskazuje, że była ona przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego (*nota bene* oferta Odwołującego również była przedmiotem wyjaśnień kwestii podatku od towarów i usług). Z kolei w odniesieniu do daty sporządzenia kosztorysów skład orzekający zauważa, że skoro zostały one załączone do oferty w Postępowaniu, to oczywisty wydaje się wniosek, że przygotowano je w okresie pomiędzy datą ogłoszenia o zamówieniu a upływem terminu składania ofert. Okoliczności te – jak wspomniano – pozostają jednak bez wpływu na merytoryczną ocenę zaoferowanego przez Konsorcjum świadczenia.

III. Błąd w obliczeniu ceny Konsorcjum

Izba nie zgadza się z twierdzeniem, jakoby w tej sprawie konieczne było opodatkowanie instalacji gazów medycznych (dalej „IGM”) stawką podstawową VAT. Na uzasadnienie tego poglądu Odwołujący przedstawił szereg korzystnych dla jego stanowiska poglądów wyrażonych przez organy podatkowe, TSUE, czy KIO, pomijając chociażby okoliczność, że w sektorze medycznym funkcjonuje praktyka odrębnego opodatkowywania IGM (zob. dowody P1 i przywołane przez Konsorcjum w piśmie procesowym orzecznictwo i interpretacje podatkowe). W konsekwencji skład orzekający stoi na stanowisku, że kwestia prawidłowego opodatkowania oferowanego świadczenia powinna być rozstrzygana w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego, do których zasadniczo Odwołujący się nie odniósł.

Przypomnienia wymaga zatem, że zgodnie z Rozdziałem 3 ust. 3.1 SIWZ instalacja gazów medycznych („IGM”) stanowiła element przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do którego Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20.05.2010 (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r., poz. 175) oraz dyrektywą medyczną 93/42/EWG instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy IIb, reguła 2.9.11.12, i jak każdy wyrób medyczny, aby mógł być wprowadzony do użytkowania, zgodnie art. 11 ustawy o wyrobach medycznych musi być oznaczony znakiem CE oraz wpisany do zbioru danych, o którym mowa w art. 64 ustawy o wyrobach medycznych. Roboty związane z wykonaniem i odbiorem instalacji gazów medycznych powinny odbyć się pod kierownictwem podmiotów posiadających autoryzację (certyfikat CE i wpis do zbioru danych) jako podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie wyrobu medycznego do obrotu. Odbiór instalacji po spełnieniu wymogów ww. przepisów osobnym protokołem końcowym”.

Z powyższego wynika zatem niezbicie, że Zamawiający *de facto* oczekiwał od wykonawców zaferowania wyrobu medycznego, w przeciwnym bowiem razie nie sformułowałby w SIWZ szczegółowych wymogów dotyczących wykonania i odbioru instalacji. Tym samym argument Odwołującego, zgodnie z którym IGM staje się wyrobem medycznym dopiero z chwilą pozytywnego zakończenia procesu certyfikacji nie pozostaje w sprzeczności z zamierzeniami Zamawiającego i nie wyłącza możliwości zastosowania stawki VAT właściwej wyrobom medycznym (zob. poz. 13 załącznika nr 3 do Ustawy VAT), skoro Zamawiający przewiduje wykorzystywanie IGM właśnie w charakterze wyrobu medycznego, a nie w jakimkolwiek innym, bliżej niesprecyzowanym przez Odwołującego, celu.

Z kolei przywołane przez Odwołującego orzecznictwo odnosi się do problematyki tzw. świadczenia kompleksowego, stanowiącego wyjątek od zasady, zgodnie z którą każde

świadczenie dla celów opodatkowania VAT powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Przyjęcie kompleksowości świadczenia wymaga, w każdym przypadku, wykazania zaistnienia określonych przesłanek przemawiających za nierozzerwalnością świadczeń, co wymaga analizy zarówno celu zamówienia, jak i opisującej go dokumentacji. Odwołujący takiej analizy nie wykonał, wobec czego twierdzenie o konieczności zastosowania podstawowej stawki VAT względem IGM było nieuzasadnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: