

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

## WYROK

z dnia 16 listopada 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**  
**Izabela Kuciak**  
**Emil Kuriata**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 i 15 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.** w dniu 31 października 2012 r. przez wykonawcę: **INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji (Włochy)** – sygn. akt KIO 2394/12
- B.** w dniu 31 października 2012 r. przez wykonawcę: **Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie** – sygn. akt KIO 2395/12
- C.** w dniu 2 listopada 2012 r. przez wykonawcę: **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A.** **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** – w sprawach o sygn. akt: KIO 2394/12 i KIO 2395/12
- B.** **Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie** – w sprawach o sygn. akt: KIO 2394/12 i KIO 2415/12
- C.** **INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji (Włochy)** – w sprawie o sygn. akt KIO 2415/12
- D.** **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Ferroval Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)** – w sprawie o sygn. akt KIO 2415/12

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołania.**

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołujących: INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji, Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych odwołujących tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (poprzednio działający pod firmą: Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. Świętej Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej) z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych wykończeniowych w budynku A2* (oznaczenie sprawy 14/2012)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 maja 2012 r. pod nr 2011/S\_103-172238, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.szpitalmadalnskiego.pl](http://www.szpitalmadalnskiego.pl)).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 76.740.107,17 zł, co stanowi równowartość 19.091.278,55 euro (w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalono na kwotę 25.580.035,72 zł, co stanowi równowartość 6.363.826,18 euro).

23 października 2012 r. Zamawiający przekazał faksem wykonawcom zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej również dalej w skrócie „Warbud”), a także o sklasyfikowaniu na kolejnych miejscach ofert złożonych przez: Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej również dalej w skrócie „Porr”), INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji (Włochy) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Ferroval Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum Budimex”).

31 października 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący: INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji (zwany również dalej w skrócie „INSO”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, a także od zaniechania następujących czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy pzp:

1. Odrzucenia oferty, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”, jest niezgodna z ustawą i nieważna na podstawie odrębnych przepisów, zawiera rażąco niską cenę i błędy w obliczeniu ceny, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

2. Odrzucenia oferty Porr, pomimo że nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny.
3. Przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty złożonej przez Warbud.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp oraz przepisów innych ustaw:

1. Art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej – przez ich niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Warbud, pomimo że jej złożenie narusza zasady uczciwej konkurencji.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 58 § 1 i art 5 Kodeksu cywilnego i w zw. z art. 41 ust. 1, art. 146a pkt 2, art. 41 ust. 2 i załącznikiem nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych – przez ich niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Warbud, mimo że jest ona niezgodna z ww. przepisami i jest nieważna.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Warbud i oferty Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo że są one niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez jego niezastosowanie i nieodrzczenie oferty Warbud, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez jego niezastosowanie i nieodrzczenie ofert Warbud, mimo że zawierają błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownej oceny i badania ofert.
3. Odrzucenia ofert Warbud i odrzucenia oferty Porr.
4. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.
5. Ewentualnie – w razie nienakazania odrzucenia oferty Warbud – przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego mającego na celu wyjaśnienie czy oferta złożona przez Warbud zawiera rażąco niską cenę, a w przypadku potwierdzenia, iż cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest ceną rażąco niską, jej odrzucenia i wybór jako

najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania:

(1.) Podstawy odrzucenia oferty Porr za niezgodność z treścią SIWZ

Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności niezgodności dotyczące specyfikacji technicznej sprzętu medycznego i technicznego.

(a) kolumna anesteziologiczna – pkt 4 i 29 tabeli 1. załącznika nr 2 do SIWZ

Zgodnie z wymogiem określonym w pkt 29 tabeli 1. załącznika nr 2 do SIWZ *Właściwości techniczno-użytkowe sprzętu medycznego i technicznego* – Porr zadeklarował, że wartość udźwigu kolumny przy oferowanej długości wysięgnika jest potwierdzona w załączonej do oferty instrukcji obsługi kolumny lub w oryginalnym prospekcie/katalogu powszechnie dostępnym na stronie internetowej producenta kolumny. Odwołujący stwierdził, że ponieważ załączone do oferty Porr dokumenty nie zawierają takiego potwierdzenia, zatem powyższe oświadczenie Porr jest nieprawdziwe, a dodatkowo nie może być przedmiotem badania i sprawdzenia ze strony Zamawiającego.

Odnosnie w pkt 4 tabeli 1. Porr oświadczył, że oferowana przez niego kolumna z wysięgnikiem dwuczęściowym posiada całkowity zasięg ramion wyznaczony w osiach łożysk na poziomie 1995 mm. Okoliczność ta nie znajduje jednak żadnego potwierdzenia w dokumentacji technicznej załączonej do oferty.

W załączonej do oferty instrukcji obsługi TruPort 5000/7000 na stronie 67 (strona 350 oferty) znajduje się tabela *Informacje dotyczące udźwigu*, ale nie zawiera żadnych konkretnych informacji dotyczących oferowanego typu kolumny TruPort 7000 z ramieniem o zasięgu 1995 mm. Podobnie w załączonym do oferty prospekcie pt. *TruPort: Dostosowujący się do twoich potrzeb* na stronie 10 (strona 277 oferty) – zawarte są wyłącznie informacje o maksymalnym obciążeniu kolumny w systemie z 2 ramionami wynoszącym 340 kg dla wersji TruPort 7000, ale pod tabelą drobnym drukiem zostało wyjaśnione, że maksymalne obciążenie zależy od wybranej długości ramienia lub długości kombinacji ramion. Zdaniem Odwołującego należy przypuszczać, że przy zasięgu 1995 mm kolumna TruPort 7000 będzie miała udźwig znacznie mniejszy niż 340 kg. Odwołujący podsumował, że parametrów podanych przez Wykonawcę nie sposób sprawdzić na podstawie dokumentacji załączonej do oferty, a Zamawiający zażądał takiego potwierdzenia w oryginalnych dokumentach wystawionych przez producenta.

(b) kolumna chirurgiczna – pkt 35 tabeli 2. załącznika nr 2 do SIWZ

Odwołujący podniósł analogiczną argumentację jak powyżej w pierwszym i trzecim akapicie z lit. a.

(c) schowek na nadmiar kabli w kolumnie chirurgicznej – pkt 39 tabeli 2. zał. nr 2 do SIWZ

Zgodnie z wymogiem określonym w pkt 39 wykonawcy mieli przedstawić zdjęcie z oryginalnego powszechnie dostępnego na stronie internetowej producenta katalogu przedstawiające zaoferowane rozwiązanie w zakresie schowków na nadmiar kabli. Jedyne zdjęcie załączone przez Porr, które miałyby rzekomo przedstawiać schowki na nadmiar kabli znajduje się na stronie 276 oferty. Na zdjęciu widoczny jest fragment kolumny TruPort z półką, ale nie widać niczego co mogłoby przypominać schowek na kable. Schowek na kable powinien być widoczny w taki sposób, aby Zamawiający mógł ocenić czy i w jaki sposób spełnia on wymaganą funkcję. Na podstawie załączonego zdjęcia nie można w ogóle stwierdzić czy w urządzeniu występują schowki na kable, a tym bardziej jakie rozwiązanie zostało zaoferowane.

Ponadto Odwołujący ustalił, że powyżej opisane zdjęcie nie pochodzi z oryginalnego prospektu powszechnie dostępnego na stronie internetowej producenta (<http://www.trumpf-med.com/en/products/supph-units/ceiling-supply-units/truport-50007000.html>), a tym samym oferta nie spełnia również z tego powodu wymogu z pkt 39. Oryginalny prospekt nie zawiera takiego zdjęcia (ani żadnego podobnego) lub innego zdjęcia prezentującego jakiegokolwiek rodzaj schowków na kable. Na dokumencie złożonym przez Wykonawcę widać tło przy zdjęciu, które nie występuje w wersji oryginalnej prospektu, co potwierdza fakt manipulacji dokumentu. Również opis zamieszczony na stronie 276 oferty nie jest tłumaczeniem żadnego fragmentu oryginalnego prospektu. Opisy w oryginalnym prospekcie nie wspominają o możliwości wyposażenia kolumny w schowki na kable. Porównanie zawartości oryginalnego prospektu producenta z tłumaczeniem załączonym przez Wykonawcę do oferty przetargowej wykazuje, że prospekt został zmanipulowany: pomiędzy stronami 9 a 10 została wstawiona dodatkowa strona, która nie ma nic wspólnego z oryginałem. Odwołujący załączył na dowód oryginalny prospekt (w języku angielskim) na okoliczność rozbieżności między oryginalną wersją prospektu a wersją przetłumaczoną i załączoną przez Porr do oferty (załącznik nr 5 do odwołania).

(d) kolumna laparoskopowa – pkt 4 i 32 tabeli 3. załącznika nr 2 do SIWZ

Zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 4 Zamawiający zażądał, aby kolumna laparoskopowa posiadała wysięgnik dwuczęściowy o całkowitym zasięgu ramion wyznaczonym w osiach łożysk minimum 2000 mm. Porr zaoferował zaś kolumnę o zasięgu ramion 1865 mm. Wprawdzie Wykonawca powołał się w tym względzie na odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego 28.09.2012 r., jednak w tych odpowiedziach nie ma żadnego wyjaśnienia mogącego sugerować, że Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie kolumny laparoskopowej o zasięgu mniejszym niż 2000 mm. Wręcz przeciwnie, w

odpowiedzi na pytanie nr 38 Zamawiający nie dopuścił kolumn o zasięgu 1200 mm. Natomiast pytanie nr 178 dotyczyło wyłącznie kolumn anesteziologicznych opisanych w tabeli nr 1, stąd wyjaśnienie Zamawiającego dopuszczające ramiona o łącznej długości 2000 mm  $\pm 10\%$  nie może mieć zastosowania do kolumn laparoskopowych opisanych w tabeli nr 3.

Odnosnie pkt 32 Odwołujący podniósł analogiczną argumentację jak powyżej w pierwszym i trzecim akapicie z lit. a.

(e) most intensywnej terapii – pkt 20, 31, 32, 33, 43 i 45 tabeli 6. załącznika nr 2 do SIWZ

Zgodnie z wymogiem postawionym przez Zamawiającego w pkt 20 mosty intensywnej terapii miały charakteryzować się ruchem głowicy zasilającej wzdłuż belki blokowanym pneumatycznie. Wykonawca zaoferował jednostkę zasilającą wyposażoną w funkcję mechanicznego (a nie pneumatycznego) blokowania ruchu głowicy zasilającej wzdłuż belki. W odpowiedzi na pytanie 265 z 28.10.2012 Zamawiający nie wyraził zgody na zaoferowanie mechanicznego blokowania ruchu głowicy zasilającej, lecz dopuścił wyłącznie system zapewniający *blokowanie ruchu głowicy zasilającej wzdłuż belki zarówno pneumatyczne jak mechaniczne*, a więc system łączący funkcje blokady pneumatycznej jak i mechanicznej.

W pkt 31 Zamawiający wymagał aby głowica wyposażona była w schowki na nadmiar rur i kabli umożliwiające ukrycie wewnątrz głowicy zasilającej nadmiaru rur gazów medycznych oraz kabli i przewodów teletechnicznych. Schowki na nadmiar rur i kabli przedstawione zdjęciu na stronach 384 i 385 oferty Porr nie spełniają tych wymagań, to znaczy nie umożliwiają ukrycia nadmiaru rur gazów medycznych oraz kabli i przewodów teletechnicznych na stanowisku intensywnej terapii. Otwory w zapadkach są stanowczo zbyt małe, aby można było przez nie wyprowadzić do środka zagięte (lecz niezalążane) gumowe rury doprowadzające tlen i sprężone powietrze do respiratora oraz próżnię do ssaka. Rura taka ma średnicę ok. 14 mm, a na stanowisku intensywnej terapii na stałe podłączone są co najmniej 3 rury: dwie do respiratora (zasilanie sprężonym powietrzem i tlenem) oraz trzecia zasilająca ssak. Do tego dochodzą elektryczne kable zasilające od respiratora i kardiomonitora oraz okablowanie teletechniczne (np. podłączenie kardiomonitora do sieci), przewody o średnicy ok. 5 mm. Każda rura i przewód musi przechodzić przez pokazany na zdjęciu otwór dwukrotnie (wchodzi do schowka i z niego wychodzi). W praktyce nie jest możliwe wciśnięcie takiej ilości rur w dwóch otworach o średnicy około 5 cm (rozmiar oszacowany na podstawie zdjęcia). Potwierdzeniem tego jest opis schowków umieszczony nad zdjęciem (strona 384 oferty) – wyraźnie wskazujący, że zaoferowane schowki służą wyłącznie do ukrywania kabli elektrycznych. Wykonawca (i producent) nie ukrywa, że nie nadają się one do ukrywania nadmiaru rur gazów medycznych. Otwory te, jako

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

przeznaczone jedynie do ukrywania nadmiaru kabli elektrycznych, nie mogą służyć do ukrywania nadmiaru rur gazów medycznych. Wobec powyższego oferowane przez Porr jednostki nie posiadają schowków do ukrywania nadmiaru rur gazów medycznych, a zatem oferta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.

Zgodnie z pkt 33 wartość udźwigu kolumny mostów intensywnej terapii miała być potwierdzona w załączonej do oferty instrukcji obsługi urządzenia lub w oryginalnym prospekcie/katalogu powszechnie dostępnym na stronie internetowej producenta kolumny. W załączonej do oferty Porr instrukcji obsługi brak jest potwierdzenia wartości udźwigu kolumny. Na stronie 371 w tabeli *Parametry mechaniczne mostów oddziału intensywnej opieki* Odwołujący znalazł jedynie informację, że udźwig wózka jezdnego w zależności od wariantu wykonania wynosi od 20 do 110 kg. Brak jednak informacji jaki jest udźwig w tym konkretnym wariantcie wykonania. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że udźwig wózka nie jest jednoznaczny z udźwigiem kolumny: aby obliczyć udźwig kolumny, należy od udźwigu wózka odjąć masę własną kolumny (głowicy zasilającej) zawieszanej na tym wózku. Zdaniem Odwołującego patrząc na zdjęcie kolumny na stronie 384 oferty można sądzić, że waży ona znacznie powyżej 10 kg. Oznaczałoby to, że udźwig kolumny jest poniżej 100 kg, a oferowane urządzenie nie spełnia parametru określonego w punkcie 32.

Zgodnie z pkt 43 Wykonawca był zobowiązany do załączenia do oferty zdjęcia z oryginalnego, powszechnie dostępnego na stronie internetowej producenta katalogu przedstawiające zaoferowane rozwiązanie w zakresie schowków na nadmiar kabli mocowanych pod półką (odnośnie mostów intensywnej terapii). W ofercie Porr brak jest jednak zdjęcia przedstawiającego schowki na nadmiar kabli mocowane pod półką. Odwołujący zaznaczył, że schowki na kable przedstawione na stronach 384 i 385 oferty Porr oczywiście nie dotyczą punktu 43 tabeli, gdyż nie są mocowane pod półką, lecz przedstawiają schowki opisane w punkcie 31 tej tabeli (wewnątrz głowicy zasilającej).

Odnosnie pkt 45 wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty instrukcji obsługi lub oryginalnego prospektu/katalogu powszechnie dostępnego na stronie internetowej producenta kolumny mostów intensywnej terapii potwierdzających wartość udźwigu wózka. W załączonej do oferty PORR instrukcji obsługi brak jest potwierdzenia wartości udźwigu wózka. Odwołujący przywołał te same ustalenia, co poczynione powyżej odnośnie pkt 33, konkludując, że brakuje informacji jaki jest udźwig wózka w oferowanym wariantcie wykonania.

(f) Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta Porr jest również niezgodna z treścią SIWZ z następujących powodów:

W pytaniu nr 356 zwrócono uwagę na fakt, iż „występują rozbieżności w przedmiarze



Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

instalacji wentylacji mechanicznej oraz dokumentacji rysunkowej dotyczące ilości oraz rodzaju central wentylacyjnych oraz szaf klimatyzacyjnych. Zgodnie z rysunkami 1102-PW-S-WM-A2-R01 Rzut piwnicy poziom -11, 60 część dolna oraz 1102-PW-S-WM-A2-R02 Rzut piwnicy poziom -11,60 część górna występują następujące urządzenia nie wyspecyfikowane w przedmiarze: centrala wentylacyjna 41 NW oraz centrala wentylacyjna 14 KN. Zamawiający odpowiedział by uzupełnić ofertę o te elementy. Mimo wyraźnej i jednoznacznej odpowiedzi Zamawiającego, oferta Porr nie obejmuje tych elementów.

W oparciu wyjaśnienia z odpowiedzi nr 357 wykonawcy zostali zobowiązani przez Zamawiającego do uzupełnienia kosztorysów ofertowych o następujące pozycje: szafa klimatyzacyjna KNW44, szafa klimatyzacyjna KNW45, centrala wentylacyjna 38aN. Mimo wyraźnych oświadczeń Zamawiającego w tym zakresie, oferta Porr w ogóle nie uwzględnia tych elementów.

Bardzo poważnym w ocenie Odwołującego uchybieniem ze strony Porr jest nieumieszczenie w kosztorysie (a zatem brak złożenia oferty w tym zakresie) następujących pozycji:

- pozycji w postaci izolacji kanałów płytą Plus 120 AL. Gr 60 mm – 1 kpl., która miała zostać ujęta w ofercie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 383;
- pozycji w postaci instalacji quench – 1 kpl., która miała zostać ujęta w ofercie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 403;
- pozycji w postaci regulatorów VAV na niskim parterze – 4 szt., które miały zostać ujęte w ofercie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 404;
- pozycji w postaci wentylacji pomieszczenia NP/97a – 1 kpl., która miała zostać ujęta w ofercie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 406.

Odwołujący zarzucił również, że oferta Porr zawiera *pewne niedopuszczalne modyfikacje* odnoszące się do poszczególnych pozycji ofertowych. Odwołujący wskazał następujące pozycje:

Nr pozycji	Podstawa pozycji	Opis pozycji	Ilość wg przedmiaru	Ilość wg oferty
150, 324, 410, 471, 547, 621		Próba i uruchomienie instalacji wentylacji	0	1
175, 193, 333, 652, 654, 664	KNR-W 2-17 0203- 08	Centrala wentylacyjna	1	0
195, 197, 662	KNR-W 2-17 0203- 08	Szafa klimatyzacyjna	1	0

W ocenie Odwołującego Porr bezpodstawnie i niezgodnie z SIWZ dokonał zmiany ilości tych

pozycji w stosunku do ilości wskazanych w przedmiarze Zamawiającego, co zostało wyraźnie zakazane w rozdziale III pkt 7 oraz rozdziale XIII SIWZ. Zdaniem Odwołującego taka samowolna modyfikacja powoduje niezgodność oferty z SIWZ oraz prowadzi do błędu w obliczeniu ceny ofertowej.

Odwołujący zarzucił także, że Porr dokonał modyfikacji pozycji kosztorysowych robót uzupełniających. W odpowiedzi 339 Zamawiający podał, że należy uzupełnić kosztorys o 21 tłumików występujących na rysunku rzutu piwnicy – 11.60. Ponieważ były to tłumiki o różnych wielkościach, oznaczało to wymóg dobrania pozycji kosztorysowych właściwych dla danej wielkości i rodzaju tłumików. Porr wycenił te tłumiki podając średnią cenę za tłumik i dobrał pozycję kosztorysową właściwą dla tłumików prostokątnych o określonym obwodzie, a powinien dla części tłumików dobrać pozycję KNR 2-17 0154-01, jako pozycję właściwą dla tłumików rurowych.

Zdaniem Odwołującego powyższe niezgodności powodują, że oferta Porr nie tylko nie odpowiada treści SIWZ, a zatem powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ale zawiera również błąd w obliczeniu ceny i powinna również podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Ponieważ opisane elementy posiadają zapewne określoną wartość pieniężną, a nie zostały w ogóle uwzględnione w cenie oferowanej przez Porr, to cena została obliczona w sposób błędny.

## (2.) Podstawy odrzucenia oferty Warbud

### (a) Niezgodność oferty Warbud z treścią SIWZ oraz błędy w obliczeniu ceny

Odwołujący zarzucił, że również Warbud nie uwzględnił w swojej ofercie obowiązkowych pozycji, pomimo że w wyniku niektórych odpowiedzi Zamawiającego wykonawcy zostali zobowiązani do ujęcia w swoich ofertach określonych elementów lub pozycji, co do których istniały wątpliwości w oparciu o treść SIWZ. Zdaniem Odwołującego, pomimo jednoznacznych wyjaśnień Zamawiającego Warbud nie uwzględnił w swojej ofercie następujących obowiązkowych pozycji.

W pytaniu 346 wykonawcy zwrócili uwagę Zamawiającego na fakt, iż *zgodnie z rysunkami 1102-PW-S-WM-A2-R01 Rzut piwnicy poziom -11, 60 część dolna oraz 1102-PW-S-WM-A2- R02 Rzut piwnicy poziom -11,60 część górna występują odcinające klapy przeciwpożarowe o wymiarach 200x200 mm w ilości sztuk 1 oraz 160x160 w ilości sztuk 2 o nie podanych parametrach technicznych, rodzaju producenta oraz nie wymienione w przedmiarze instalacji wentylacji mechanicznej*. Zamawiający jednoznacznie zażądał uzupełnienia kosztorysów ofertowych dodatkowymi pozycjami zawierającymi brakujące klapy przeciwpożarowe. Mimo to oferta Warbud nie zawiera w swoim kosztorysie pozycji w postaci klap przeciwpożarowych o wymiarach 200x200 mm, o których mowa było w pytaniu 346.

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

Z kolei w pytaniu nr 347 zauważone zostało, że zgodnie z rysunkami 1102-PW-S-WM-A2-R03 Rzut piwnicy poziom -7,30 część dolna oraz 1102-PW-S-WM-A2-R04 Rzut piwnicy poziom -7,30 część górna występują odcinające klapy przeciwpożarowe okrągłe o średnicy 160 mm oraz 200 mm nie podanych parametrach technicznych, rodzaju producenta oraz nie wymienione w przedmiarze instalacji wentylacji mechanicznej. Również i w tym przypadku Zamawiający wskazał jednoznacznie, że powyższe klapy przeciwpożarowe powinny zostać uwzględnione w kosztorysie ofertowym Wykonawców. Mimo to Warbud w ogóle nie ujął w swojej ofercie (w tym w kosztorysie ofertowym) klap o średnicy 200 mm.

Odwołujący zarzucił, że wycena kosztorysowa i oferta Warbud nie zawiera tych samych elementów co w przypadku Porr – wynikłych z odpowiedzi na pytania: 383, 403, 404 i 406.

Odwołujący podniósł, że również oferta Warbud zawiera pewne niedopuszczalne modyfikacje poszczególnych pozycji ofertowych. Odwołujący wskazał następujące pozycje dotyczące pkt 16. Wentylacja:

Nr pozycji	Podstawa pozycji	Opis pozycji
152, 326, 412, 473, 549, 623, 646, 654,	KNR 2-16 0618-01	Owinięcie izolacji kanałów wentylacyjnych folią aluminiową
163, 193, 333, 652, 664,	KNR-W 2-17 0203- 08	Centrala wentylacyjna
197, 233, 656, 662,	KNR-W 2-17 0203- 08	Szafa klimatyzacyjna

Odwołujący sprecyzował, że modyfikacja tych pozycji polega na zmianie norm zużycia robocizny, materiałów oraz sprzętu (RMS), co jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ, gdzie Zamawiający zakazał dokonywania modyfikacji pozycji kosztorysowych, wprowadzania zamiennych i równoważnych pozycji (rozdział III pkt 7 oraz rozdział XIII SIWZ). Wolą Zamawiającego było złożenie ofert ściśle wg przekazanych przez niego przedmiarów.

Zdaniem Odwołującego powyższe niezgodności powodują, że oferta Warbud nie tylko nie odpowiada treści SIWZ, a zatem powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ale zawiera również błąd w obliczeniu ceny i powinna również podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Ponieważ opisane elementy posiadają zapewne określoną wartość pieniężną, a nie zostały w ogóle uwzględnione w cenie oferowanej przez Warbud, to cena została obliczona w sposób błędny.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące treści SIWZ mają taką samą wartość jak jej pierwotna treść, co zostało niejednokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (w odwołaniu wskazano na wyrok z 21 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1684/12). Odwołujący stwierdził, że słusznie Izba wskazała w wyroku

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

z 14 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 795/08), że *przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi zachodzić pełna zgodność kosztorysu ofertowego, tak w zakresie opisu wszystkich pozycji, w tym zastosowanych materiałów, jak i tożsamej ilości jednostek przedmiarowych.*

(b) Rażąco niska cena oferowana przez Warbud

Zdaniem Odwołującego oferta Warbud przedstawia rażąco niską cenę. W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że odnośnie przewodów wentylacyjnych Warbud zaoferował zupełnie nierealną cenę w wysokości 10 zł za m<sup>2</sup>. W celu zobrazowania różnicy pomiędzy wartością zaoferowaną przez Warbud, a wartościami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców, Odwołujący załączył do odwołania tabelę porównawczą dotyczącą kanałów wentylacyjnych (załącznik nr 6 do odwołania). Z porównania wynika, że w zakresie przewodów wentylacyjnych oferta Warbud wynosi 203.381,07 zł, natomiast oferty pozostałych wykonawców wynoszą: Porr – 1.999.054,19 zł; INSO – 2.217.772,74 zł; Konsorcjum Budimex – 2.013.656,33 zł. Średnia cena jednostkowa za przewody wentylacyjne w trzech pozostałych ofertach wynosi zaś: Porr – 97,67 zł/m<sup>2</sup>; 2) Konsorcjum Budimex – 98,48 zł/m<sup>2</sup>; 3) INSO – 105,70 zł/m<sup>2</sup>. Ponieważ różnica między ofertą Warbud, a drugą najniższą ofertą Porr w zakresie przewodów wentylacyjnych wynosi 1.795.673,12 zł, to wynika z tego, że Warbud oferuje wykonanie przewodów wentylacyjnych po cenie o ok. 90% niższej. Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez Warbud w zakresie przewodów wentylacyjnych jest zatem całkowicie nierealna i oderwana od cen rynkowych. Według Odwołującego potwierdza to również oferta Warbud złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem była *budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego* (znak sprawy AEZ/S- 231/2011), w której całkowicie odmiennie wycenił te same przewody wentylacyjne. Za różnego rodzaju przewody Warbud przedstawił ceny jednostkowe w wysokości od 87,23 zł do 171,62 zł (przy samym koszcie materiałów, który plasował się na poziomie od 39,26 zł do 110,34 zł. W załączniku nr 7 do odwołania przedstawiono tabelę zawierającą szczegółowe rozbieżności cenowe oferty Warbud złożonej w kwietniu 2012 r. w tym postępowaniu. Do odwołania załączono również (załącznik nr 8) przykładowe rynkowe oferty producentów przewodów wentylacyjnych, z których wynika jednoznacznie, że cena zaoferowana przez Warbud nie starcza nawet na ich zakup, a zatem jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał również jako istotną okoliczność kosztorysowy, a nie ryczałtowy charakter oferty, co oznacza to *de facto* i *de iure*, że Zamawiający przewiduje możliwość zmian w odniesieniu do wielkości wskazanych w dokumentacji technicznej, a w razie zwiększenia ilości robót w porównaniu z wielkościami, na których został oparty kosztorys, do takich dodatkowych robót znajdują zastosowanie ceny jednostkowe podane w ofercie. Według

Odwołującego istnieje realne ryzyko, które należy uwzględnić w przypadku ofert kosztorysowych, że Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania dodatkowych ilości przewodów wentylacyjnych za cenę 10,00 zł, co należy uznać za niemożliwe.

W drugiej kolejności Odwołujący wskazał na to, że Warbud w swojej ofercie przewidział wartość na poziomie 0,00 zł za następujące elementy systemu wentylacji, natomiast inni wykonawcy:

- Centrala wentylacyjna dla systemu 41N prod. np. Klimor –1 szt.  
INSO 36.153,24 zł; Porr 75.783,04 zł; Konsorcjum Budimex 80.915,25 zł
- Dostawa i montaż kompletnej automatyki do ww. centrali wentylacyjnej –1 kpl.  
INSO 37.408,00 zł; Porr 1.592,25 zł; Konsorcjum Budimex 1.561,45 zł
- Szafa klimatyzacyjna dla systemu KNW5 prod np. Klimor – 1 szt.  
INSO 39.432,76 zł; Porr 0,00 zł; Konsorcjum Budimex 105.701,39 zł
- Dostawa i montaż kompletnej automatyki do ww. szafy klimatyzacyjnej –1 kpl.  
INSO 6.256,73 zł; Porr 0,00 zł; Konsorcjum Budimex 1.600,41 zł
- Szafa klimatyzacyjna dla systemu KNW52 prod. np. Klimor – 1 szt.  
INSO 27.550,49 zł; Porr 43,690,95 zł; Konsorcjum Budimex 4.259,06 zł
- Dostawa i montaż kompletnej automatyki do ww szafy klimatyzacyjnej – 1 kpl.  
INSO 23.553,19 zł; Porr 1.592,25 zł; Konsorcjum Budimex 1.561,45 zł
- Centrala wentylacyjna dla systemu 44N prod. np. Klimor – 1 szt.  
INSO 31.490,40 zł; Porr 72.645,50 zł; Konsorcjum Budimex 79.783,47 zł
- Dostawa i montaż kompletnej automatyki do ww. centrali wentylacyjnej – 1 kpl.  
INSO 36.022,53 zł; Porr 1.740,75 zł; Konsorcjum Budimex 1.707,06 zł
- Szafa klimatyzacyjna dla systemu KNW4 prod. np. Klimor - 1 szt.  
INSO 64.860,81 zł; Porr 93.762,60 zł; Konsorcjum Budimex 100.208,22 zł
- Dostawa i montaż kompletnej automatyki do ww szafy klimatyzacyjnej – 1 kpl.  
INSO 6.997,38 zł; Porr 1.617,00 zł; Konsorcjum Budimex 1.565,72 zł

Odwołujący podał, że wartości zaoferowane przez pozostałych wykonawców za powyższe elementy systemu wentylacji wynoszą odpowiednio: Porr – 292.424,34 zł; INSO –309.725,07 zł; Konsorcjum Budimex – 378.863,48 zł. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Warbud nie jest w stanie dostarczyć tych elementów wyposażenia systemu wentylacyjnego za darmo. Odwołujący podkreślił, że pozycje wycenione przez Warbud na 0,00 zł dotyczą elementów systemu wentylacyjnego, które mają charakter autonomiczny, gdyż są konkretnymi urządzeniami stanowiącymi funkcjonalną całość. Zdaniem Odwołującego nie sposób zatem twierdzić, że ich wartość została już wliczona w cenę innych pozycji, w stosunku do których te elementy mają charakter komplementarny czy uzupełniający.

Na podstawie powyższych elementów, przyjmując jako punkt odniesienia drugą najniższą ofertę Porr, Odwołujący stwierdził kolejno, co następuje. Oferta Warbud została zaniżona co najmniej o kwotę 2.291.478,53 zł (1.999.054,19 zł za przewody wentylacyjne + 292.424,34 zł za elementy systemu wentylacji wycenione na 0 zł). Po uwzględnieniu łącznej ceny oferty Warbud w wysokości 45.726.201,93 zł, oznacza to, że jest ona zaniżona o co najmniej 5,01%. Ponieważ zysk wykonawcy przy robotach budowlanych na rynku kształtuje się na poziomie maksymalnym 5% (przy czym średnia zysku jest mniejsza), to oferta Warbud została zaniżona o wartość, która nie pozwoli mu na czerpanie jakichkolwiek zysków z wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Po trzecie – Odwołujący wskazał kolejne, jego zdaniem, znaczne i niczym nieuzasadnione zniżenie ceny ofertowej Warbud związane z ceną za wykonanie Serwerowni (poz. 21 przedmiaru). Została ona wyceniona przez Warbud na kwotę 1.699,05 zł, podczas gdy pozostałe oferty wynoszą: INSO – 41.062,68 zł; Konsorcjum Budimex – 46.028,88 zł; Porr – 56.348,57 zł. Odwołujący podsumował, że oferta Warbud jest nierealna, gdyż odbiega od kolejnej o 39.363,63 zł (wynosi mniej niż 5% kolejnej oferty).

Po czwarte – Odwołujący przywołał raz jeszcze powyższą tabelę  *pewnych niedopuszczalnych modyfikacji*, wyliczając, że ponieważ w tych pozycjach cena jednostkowa wynosi 0 zł, to spowodowało zniżenie oferty Warbud w stosunku do oferty Odwołującego o 841.458,08 zł brutto.

Podsumowując te wywody Odwołujący stwierdził, że w rzeczywistości zniżenie oferty Warbud odnośnie robót budowlanych wynosi nie mniej niż 3.172.300,24 zł, a zatem o ok. 6,94% w stosunku do oferty złożonej. Zdaniem Odwołującego takie zniżenie oferty faktycznie uniemożliwia Wykonawcy realizację zamówienia na podstawie złożonych kosztorysów, nic mówiąc już o ewentualnym zysku z wykonanych robót.

Zdaniem Odwołującego, mimo wyraźnych zastrzeżeń co do sposobu skonstruowania oferty przez Warbud i co do ceny zaoferowanej, Zamawiający nie podjął nawet czynności zmierzających do wyjaśnienia czy cena zaoferowana przez Warbud nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił, że w roku 2012 najpełniej ujawnił się problem udzielania zamówień wykonawcom składającym oferty w rzeczywistości zaniżone. Ilość umów, od których odstąpiono oraz upadłości wykonawców, szczególnie w sektorze budowlanym, wskazuje jednoznacznie, że w zakresie oceny cen oferowanych przez wykonawców powinny być stosowane bardziej rygorystyczne i merytoryczne kryteria. W przypadku przedmiotowego przetargu badanie realności cen jest o tyle istotne, że oferta ma charakter kosztorysowy, a zatem każdy element kosztorysu powinien podlegać rzeczowej ocenie.

(c) Niezgodność oferty Warbud z przepisami powszechnie obowiązującego prawa oraz nieważność oferty Warbud

Odwołujący przytoczył art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy prawa. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Warbud jest nieważna w świetle art. 58 kc, jak również narusza przepisy prawa podatkowego, zasady uczciwej konkurencji i dobre obyczaje.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 oraz art. 146a pkt 2) w zw. z art. 41 ust. 2 i załącznikiem nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług część prac objętych przedmiotem zamówienia jest opodatkowana podatkiem VAT według stawki 23%, podczas gdy sprzęt medyczny jest opodatkowany stawką 8%. Odwołujący przyjrzał się ofertom netto poszczególnych wykonawców w zakresie sprzętu medycznego, jako pozycji opodatkowanej podatkiem VAT na poziomie 8%: Warbud – 8.236.426,00 zł; Porr – 5.200.283,15 zł; INSO – 5.037.888,97 zł; Konsorcjum Budimex – 5.462.480,48 zł. Odwołujący skonstatował, że pozostałe oferty w zakresie sprzętu medycznego są na bardzo zbliżonym poziomie, podczas gdy oferta Warbud znacznie odbiega od niego (różnica netto między ofertą Warbud a ofertą: INSO – wnosi 3.198.537,03 zł; Porr – wynosi 3.036.142,85 zł; Konsorcjum Budimex – wynosi 2.773.945,52 zł. Odwołujący podkreślił, że z wyjątkiem Porr wszyscy wykonawcy zaoferowali identyczny sprzęt tego samego producenta. Zdaniem Odwołującego niemożliwe jest zatem aby Warbud uzyskał od tego samego producenta ofertę inną, niż uzyskana przez INSO i Konsorcjum Budimex (a jeżeli była inna, to nie mogła ona odbiegać od pozostałych w takim rozmiarze). W takim stanie rzeczy należy stanowczo uznać, iż INSO i BUDIMEX przedstawiły w zakresie sprzętu medycznego ofertę opartą na cenach tynkowych, podczas gdy WARBUD przedstawił cenę znacznie zawyżoną. W ocenie Odwołującego cel takiego określenia ceny sprzętu medycznego przez Warbud jest oczywisty i pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa. Dla nadrobienia zaniżonych cen podanych za wykonanie robót budowlanych, Warbud podwyższył znacznie wartość oferowanego sprzętu medycznego, tym samym próbując zaoszczędzić na podatku VAT. Przesunięcie rzeczywistych kosztów prac budowlanych do kosztów wyposażenia medycznego stanowi próbę obejścia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług określających stawki podatku VAT za poszczególne czynności objęte tym podatkiem (w tym przywołanych powyżej przepisów). Takim nieuprawnionym przesunięciem Warbud próbuje zaoszczędzić ok. 15% podatku VAT (zaniżając tym samym również ofertę) od kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną rynkową za oferowany sprzęt medyczny a ceną zaoferowaną przez siebie. Przyjmując założenie, że ceną rynkową za sprzęt medyczny

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

oferowany przez Warbud jest cena podana przez Budimex, Odwołujący stwierdził, że Warbud zaniżył ofertę o co najmniej 416.091,82 zł (różnica między wartością podatku VAT 23% a wartością podatku VAT 8% od kwoty 2.773.945,52 zł). Jest to również wartość uszczuplenia należności Skarbu Państwa w przypadku zawarcia przez Zamawiającego z Warbud umowy. Odwołujący ocenił że doszło w ten sposób do niezgodnego z prawem i zasadami uczciwej konkurencji zaniżenia oferowanej ceny. Zdaniem Odwołującego taki manewr należy uznać za jednoznacznie powodujący nieważność oferty Warbud. W przeciwnym razie oznaczałoby to dopuszczenie w przetargach, w których połączone są czynności opodatkowane różnymi stawkami VAT, aby Wykonawcy mogli zaliczać wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia jedynie do kategorii opodatkowanych niższą stawką VAT.

Według Odwołującego należy również uwzględnić fakt, że obowiązek zawierania umów po cenach rynkowych wynika także z art. 14 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Zgodnie z tym przepisem, *przychodem z odpłatnego zbycia rzeczy lub praw majątkowych (...) jest ich wartość wyrażona w cenie określonej w umowie. Jeżeli jednak cena bez uzasadnionej przyczyny znacznie odbiega od wartości tynkowej tych rzeczy lub praw, przychód ten określa organ podatkowy w wysokości wartości rynkowej.* Zdaniem Odwołującego trudno uznać za uzasadnioną przyczynę, o której mowa w tym przepisie, chęć uniknięcia opodatkowania wyższą stawką podatku VAT, czy chęć zaniżenia ceny w postępowaniu przetargowym w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wygrania przetargu.

Odwołujący powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 kwietnia 2011 r. (sygn. I FSK 523/10), słusznie zauważył, że organy podatkowe mogą zakwestionować rozliczenie podatnika, nawet jeżeli transakcje spełniały formalne przesłanki zapisane w ustawie, ale celem jego działania było uzyskanie korzyści podatkowych. Naczelny Sąd Administracyjny uznał zasadność działania organów podatkowych, które powołując się na nadużycie prawa, zakwestionowały rozliczenie podatnika celowo zaniżającego deklarowane kwoty podatku należnego (przez stosowanie stawek 3% lub 7% do towarów, których sprzedaż objęta była stawką 22%). Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w orzecznictwie wspólnotowym sformułowano zasadę nadużycia prawa: *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w reprezentatywnym dla tej zasady wyroku z dnia 21 lutego 2006 r., sygn. C-255/02, Halifax plc v. Commissioners of Customs&Excise, stwierdził, że Dyrektywa powinna być interpretowana w ten sposób, że sprzeciwia się ona prawu podatnika do odliczenia V'AT, jeżeli transakcje, z których wynika to prawo, stanowią nadużycie. W uzasadnieniu tego orzeczenia sformułowano ogólne tezy dotyczące zasady*



*nadużycia prawa. Mają one charakter uniwersalny i zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego mogą znajdować zastosowanie nie tylko w zakresie prawa do odliczenia podatku naliczonego. Trybunał podkreślił w uzasadnieniu wyroku, że dla stwierdzenia nadużycia wymagane jest po pierwsze, aby dane transakcje, pomimo, że spełniają formalne przesłanki przewidziane w odpowiednich przepisach VI Dyrektywy i ustawodawstwa krajowego transponującego tę dyrektywę, skutkowały uzyskaniem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem tych przepisów. Po drugie, z ogółu obiektywnych okoliczności powinno również wynikać, iż zasadniczym celem tych transakcji jest uzyskanie korzyści podatkowej, jeżeli stwierdzono istnienie nadużycia, to przeprowadzone transakcje powinny zostać zdefiniowane w taki sposób, aby odtworzyć sytuację, która istniałaby, gdyby nie dokonano transakcji stanowiących nadużycie.*

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące skutków prawnych nadużywania prawa podatkowego, podając, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 8 marca 2001 r. (sygn. III RN 76/00) nieważna jest umowa ze względu na zawarcie jej w celu obejścia prawa rozumianego jako nadużycie prawa podatkowego, do osiągnięcia korzyści z tym prawem sprzecznych. Odwołujący ocenił, że zachodzi realne ryzyko uznania za nieważną umowy, która zostałaby zawarta przez Zamawiającego z Warbud oraz obciążenia stron umowy (w tym również Zamawiającego) konsekwencjami prawnymi (np. cywilnymi, podatkowymi, karno-skarbowymi) wynikającymi z próby uszczuplenia należności Skarbu Państwa.

Odwołujący podsumował, że powyższe okoliczności wskazują na naruszenie przez Warbud art. 58 § 1 kc, poprzez dokonanie czynności sprzecznej z ustawą o podatku od towarów i usług, sprzecznej z ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych oraz stanowiącej faktycznie i prawnie nadużycie prawda świetle art. 5 kc. Uzasadnia to według Odwołującego odrzucenie oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp.

#### (d) Złożenie oferty przez Warbud jako czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący powtórzył swoje wyliczenie zawarte w podsumowaniu rozważań o rażąco niskiej cenie (przytoczone na końcu lit. b powyżej). Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do tynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego nie sposób przyjąć, że złożenie przez Warbud oferty, która nie zapewnia zysku i przy tym zawiera cenę jednostkową wszystkich przewodów wentylacyjnych na poziomie 10 zł oraz oferuje określony sprzęt o dużej wartości za 0 zł, jest

zgodne z zasadami uczciwej konkurencji.

W drugiej kolejności Odwołujący podniósł, że naruszenie art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią również manipulacje Warbud wokół wartości podatku VAT (opisane powyżej w lit. c). Doprowadzenie do sztucznego, oderwanego od wartości tynkowej obniżenia podatku VAT, przy wykorzystaniu okoliczności, że w ramach przetargu występują czynności opodatkowane według różnych stawek, musi być oceniane negatywnie w świetle zasad uczciwej konkurencji (Odwołujący podkreślił, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji zmierzających do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do tynku podany w art. 15 ust. 1 ustawy jest katalogiem otwartym, przykładowym). Zdaniem Odwołującego te same okoliczności wskazują również na naruszenie przez Warbud art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Natomiast dopuszczenie przez Zamawiającego do tego rodzaju nadużyć prawa i manipulacji uznać należy za naruszenie art. 7 pzp, gdyż wybierając ofertę Warbud Zamawiający nie zapewnił uczciwej konkurencji w ramach prowadzonego postępowania.

31 października 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący: Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Warbud, a także od zaniechania następujących czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy pzp:

1. Odrzucenia oferty Warbud, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także rażąco niską cenę.
2. Wezwania Warbud do udzielenia wyjaśnień w związku z rażąco niską ceną oferty tego Wykonawcy.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp oraz przepisów innych ustaw:

1. Art. 89 ust. 1 pkt – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Warbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy – wskutek nieprawidłowo zastosowanej stawki podatku VAT – zawiera błąd w obliczeniu ceny, skutkujący koniecznością jej odrzucenia.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Warbud, mimo iż oferta tego Wykonawcy pozostaje sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Warbud, mimo iż oferta

tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

4. Art. 90 – przez zaniechanie wezwania Warbud do udzielenia wyjaśnień w związku z rażąco niską ceną oferty tego Wykonawcy.
5. Art. 7 ust.1 – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na nieodrzczeniu oferty Warbud S.A., mimo jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zastosowaniu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Warbud.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania:

(I.) Błąd w obliczeniu ceny – zastosowanie błędnej stawki VAT przez Warbud

Odwołujący podał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ w rozdziale III SIWZ, zakresem robót objęte zostały roboty wykończeniowe ogólnobudowlane i branżowe: instalacje, instalacje wentylacji mechanicznej, instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne, instalacje elektryczne słaboprądowe (telefoniczne, komputerowe, przyzywowe, kontroli dostępu), instalacje gazów medycznych, instalacje centralnego ogrzewania, instalacje ciepła technologicznego – oraz dostawy i montaż części sprzętu medycznego i technicznego, takiego jak: kolumny chirurgiczne, kolumny anestetyczne, kolumny laparoskopowe, lampy operacyjne i zabiegowe, mosty intensywnej terapii z wyposażeniem oraz centralę telefoniczną i drobny sprzęt (np. wyposażenie łazienek). Przy czym szczegółowy opis elementów sprzętu medycznego, który wykonawca winien był dostarczyć w ramach poz. 275 kosztorysu *Zintegrowany blok integracyjny (R+M+S)* został zawarty w tabeli 7. „*System integracji*”, stanowiącej część załącznika nr 2 do SIWZ (tj. wzoru formularza techniczno-użytkowego sprzętu medycznego i technicznego). Wymieniono tam następujące wyroby medyczne: podstawowy moduł sterujący (rack) – poz. 35-40, komputer PC klasy medycznej do kontrolowania komponentów systemu Interfejs do monitora dotykowego – poz. 56-77, monitory – poz. 134-151, monitor ścienny – poz. 152-168, monitor dotykowy – poz. 65. Zamawiający określił jednocześnie, że wszystkie ww. wyroby mają być *w klasie produktu medycznego: Klasa 1*, co oznacza, że wyroby te mają stanowić wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczone do obrotu na terytorium

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

Rzeczpospolitej. Ponadto Zamawiający w rozdziale V pkt 6 SIWZ *Wymagania stawiane wykonawcom dotyczące treści składanej oferty* – wyraźnie wskazał, że zamontowany sprzęt medyczny będzie naprawiany, konserwowany i przeglądany zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, ze szczególnym uwzględnieniem art. 90 ust. 30-5 tej ustawy.

W odpowiedzi na taki wymóg Zamawiającego Warbud zaoferował (str. 358-363 oferty) system integracyjny TEGRIS, objęty pozycją 275 kosztorysu (*Zintegrowany blok integracyjny (R+M+S) – wg wytycznych inwestorskich*), stosując 23% stawkę podatku VAT. Zaoferowany przez Warbud S.A. system integracyjny TEGRIS jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych dopuszczonym do obrotu na terytorium Polski. Zgodnie z załączoną do oferty Warbud deklaracją zgodności WE, sporządzoną przez producenta MAQUET GmbH & Co. KG, moduł TEGRIS, sklasyfikowany w klasie I, wyprodukowany w lipcu 2012 r. – jest zgodny z przepisami Dyrektywy Rady 93/42/EWG, zmienionej Dyrektywą 2007/47/WE *Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. oraz 5 września 2007 r. w zakresie produktów medycznych* (przyjętych także przez polskie ustawodawstwo), a zatem jest wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych.

Odwołujący dodał, że zgodnie z rozdziałem XIII s.i.w.z. wykonawca miał obowiązek podać w ofercie cenę brutto dla całości zamówienia, wynikającą z kosztorysów budowlanych i formularza asortymentowo-cenowego sprzętu medycznego. Z kolei na pytania wykonawców Zamawiający wielokrotnie odpowiadał (m.in. na pytania nr: 63, 64, 299 i 300), że stawki podatku VAT muszą być zgodne z aktualnym stanem prawnym (ustawą o podatku od towarów i usług), oraz że dopuszcza określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte różnymi stawkami VAT – formułując w ten sposób wiążące dla wykonawców wytyczne w zakresie ustalenia ceny w odniesieniu do podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego sporządzony oraz załączony do oferty kosztorys ofertowy Warbud zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż w całym kosztorysie ofertowym „*BRANŻA: Budowlana – Budynek A2 Roboty budowlane*” Warbud zastosował jednolitą stawkę podatku VAT 23 %, podczas gdy dla pozycji 275 winien zastosować stawkę VAT 8 %. Dla Odwołującego o zastosowanej jednolitej stawce 23% świadczy fakt, że Warbud wskazał wartość kosztorysu robót bez podatku VAT na kwotę 11152273,92 zł, a podatek VAT na kwotę 2565023,00 zł. Według Odwołującego zastosowana przez Warbud stawka podatku VAT nie jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, gdyż zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146 a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm) w zw. z poz. 105

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

załącznika nr 3 do tej ustawy, dostawa wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonego do obrotu na terytorium Polski, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT, natomiast prace polegające na dostosowaniu (adaptacji, przebudowie, rozbudowie itp.) pomieszczeń szpitala prowadzone w związku z dostawą ww. wyrobu medycznego podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku od towarów i usług, tj. obecnie w wysokości 23%.

Zgodnie z podstawowymi regułami wynikającymi z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, jak również z obowiązującej dyrektywy Rady nr 2006/112WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej – istnieje obowiązek odrębnego traktowania każdego świadczenia. Natomiast ponieważ ani krajowe, ani unijne przepisy nie definiują natomiast pojęcia świadczeń złożonych, inaczej zwanych kompleksowymi – w odniesieniu do możliwości stosowania jednolitej stawki podatku VAT w przypadku takich świadczeń konieczne jest odwołanie się do poglądów orzecznictwa. Z orzecznictwa ETS wynika, że transakcję składającą się z wielu elementów, np. dostawy towarów, połączonej ze świadczeniem usług, można uznać na potrzeby podatku VAT za jedno świadczenie, gdy jeden z elementów ma charakter główny, a inne mają wobec niego charakter pomocniczy, przy czym wszystkie elementy usługi są konieczne, niezbędne i nierozzerwalnie związane z głównym przedmiotem zamówienia. Przykładowo w wyroku w sprawie LevopVerzekeringen i OVC Bank (C-41/04, Aktiebolaget NN), kilka czynności należy traktować jako jedną transakcję wówczas, gdy poszczególne elementy są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej również w skrócie: „NSA”) z dnia: 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt I FSK 869/10, 28 czerwca 2011 r. (sygn. akt I FSK 958/10), czy 16 grudnia 2011 r. (sygn. akt I FSK 401/11), stanowiących *„o konieczności rozstrzygnięcia o złożoności świadczenia z uwzględnieniem specyfiki konkretnego stanu faktycznego oraz kierunkowych dyrektyw postępowania służących rozpoznaniu w szeregu powiązanych czynności gospodarczych świadczenia złożonego. Analiza orzecznictwa w szczególności Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje na konieczność badania związku pomiędzy poszczególnymi świadczeniami i ustalenia, czy ma on tak istotny charakter, iż czyni świadczenia nierozzerwalnymi.(...) Jednorodnym świadczeniem jest dostawa sprzętu i jego montaż, czyli sytuacja, w której wykonanie jednego z połączonych świadczeń jest niemożliwe bez istnienia drugiego z nich.* Ponadto NSA w powołanych powyżej wyrokach wyraźnie przesądził, że dostawa sprzętu medycznego i wykonanie prac przystosowujących pomieszczenia, w których sprzęt ten będzie pracował w postaci wykonania instalacji

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

elektrycznej, klimatyzacyjnej oraz izolacyjnej, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane. NSA stwierdził również, że jakkolwiek z punktu widzenia nabywcy (szpitala) wykonanie budowlanych prac adaptacyjnych (także szeregu innych modernizujących lub adaptujących na pracownię pomieszczenia budynku szpitalnego) przez dostawcę sprzętu medycznego jest niewątpliwie użyteczne i pożądane, zwalnia go bowiem od odpowiedzialności względem m.in. producenta za zorganizowanie właściwych warunków do eksploatacji sprzętu medycznego, to nie można uznać że prace te, które mają bardzo uniwersalny z punktu widzenia potrzeb szpitala charakter, są na tyle ściśle powiązane z dostawą akurat tego sprzętu, że stanowią z jego dostawą jedno świadczenie.

Odwołujący stwierdził, że w oparciu o przywołaną powyżej argumentację orzecznictwa oraz stan faktyczny niniejszej sprawy, zasadne jest stanowisko, że nie jest możliwe stwierdzenie istnienia tak ścisłego powiązania pomiędzy dostawą urządzenia medycznego, a pracami ogólnobudowlanymi oraz branżowymi opisanymi w SIWZ (pozycja 275 kosztorysu), które czyniłoby dostawę urządzeń medycznych działaniami nieodzownymi w stosunku do przedmiotu i zakresu robot budowlanych, co ewentualnie uzasadniałoby zastosowanie 23% stawki VAT.

Odwołujący dodał nadto, że kwestia sposobu opodatkowania VAT prac adaptacyjnych pomieszczeń wykonywanych wraz z dostawą sprzętu medycznego została jednoznacznie rozstrzygnięta w sposób podany powyżej na mocy (załączonej do odwołania) interpretacji ogólnej Ministra Finansów z 30 marca 2012 r. (Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279) w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia (Dz. Urz. Ministra Finansów z 27 kwietnia 2012 r., poz. 17), która stanowi oficjalną wykładnię prawa podatkowego w tej materii, mającą zastosowanie, co do zasady, do ogółu podatników. W ocenie Odwołującego identyczne stanowisko w kwestii stawek podatku VAT w zakresie dostawy sprzętu medycznego oraz prac adaptacyjnych oraz ogólnobudowlanych zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach wydanych: 23 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 972/12), 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2225/11) i 12 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1121/12). Zdaniem Odwołującego w analogicznym stanie faktycznym Izba jednoznacznie stwierdziła, że brak jest podstaw prawnych do traktowania powyższych czynności jako kompleksowych, w związku z czym zasadnym pozostaje opodatkowanie każdej z nich odrębną stawką podatku VAT: dostawy wyroku medycznego – 8 %, wykonanie prac budowlanych – 23 %.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę Warbud jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Według Odwołującego aktualnie obowiązujące

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

orzecznictwo Sądu Najwyższego przesądziło, że zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT przez oferenta jest błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 6 pzp. Jak zaznaczono w uzasadnieniach uchwał Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11 oraz III CZP 52/11) – podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co na etapie składania ofert nakłada na wykonawców obowiązek obliczenia ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT, a zamawiającego obliguje do oceny prawidłowości przyjęcia właściwej stawki podatku przez wykonawców. Błąd w ustaleniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny polegający na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Podobne stanowisko wyraził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 31 sierpnia 2010 r. (sygn. V SA/Wa 769/10, Biul. NDFP 2011/1/14), stwierdzając, że wymienione w art. 89 pzp przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty, a w sytuacji wystąpienia choćby jednej z nich zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Jak to Odwołujący stwierdził, również bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygające zagadnienie nieprawidłowo zastosowanej stawki VAT pozostaje jednolite i stanowi, że nieprawidłowo określona stawka VAT stanowi niewątpliwie błąd w obliczeniu ceny, którego charakterystyczną cechą jest to, iż nie można go w żaden sposób poprawić (w odwołaniu wskazano wyroki Izby wydane: 15 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2366/11; 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 378/11, 1 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 329/10).

#### (II.) Sprzeczność oferty Warbud z treścią SIWZ

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że z uwagi na przywołane powyżej postanowienia rozdziału XIII SIWZ i odpowiedzi na pytania do jej treści, należy uznać za obliczenie ceny w sposób sprzeczny z SIWZ, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp winno skutkować odrzuceniem tej ofert także na tej podstawie prawnej. Zdaniem Odwołującego stanowisko takie zostało wyrażone również w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. II GA 117/09), w którym sąd uznał, że obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Odwołujący sam podkreślił, że następuje to jednak w przypadku, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony.

W drugiej kolejności Odwołujący zarzucił sprzeczność oferty Warbud z określonym w poz. 162 tabeli. 7 Załącznika nr 2 do SIWZ parametrem zużycia energii nie większego niż 300 VA, formułującym jednocześnie wymóg nie tylko potwierdzenia istnienia tej cechy, lecz także krótkiego opisu, w jaki sposób wymóg ten będzie zrealizowany. Warbud na stronie 184 oferty S.A. wprawdzie potwierdził zużycie energii nie większe niż 300 VA (o czym świadczy

słowo „TAK”), jednocześnie jednak zastrzegł jej zużycie na poziomie przekraczającym tę wartość („TAK > 300 VA”). W ocenie Odwołującego taki stan rzeczy stwarza uzasadnione podstawy do przejścia, że wymóg Zamawiającego faktycznie nie został przez Warbud spełniony, co z uwagi na postanowienie pkt 4 rozdziału IX SIWZ rodzi konieczność odrzucenia oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący opisał następujące postanowienia SIWZ:

– pkt 8 rozdziału V SIWZ *Wymagania stawiane wykonawcom dotyczące treści składanej oferty: Wykonawca wypełni wszystkie kolumny i rubryki zawarte w wymaganiach i opisie sprzętu medycznego. Zamawiający będzie żądał aby dostarczony sprzęt spełniał wszystkie wymagane kryteria pod rygorem odrzucenia oferty.*

– pkt 4 rozdziału XI SIWZ *Opis sposobu przygotowania oferty: Wszystkie rubryki kolumny „Wartość oferowana” formularza właściwości techniczno- użytkowych muszą być wypełnione. Brak wpisu w rubryce kolumny „Wartość oferowana” będzie traktowany jako potwierdzenie nieposiadania przez oferowane urządzenie żądanej wartości parametru albo cechy technicznej lub użytkowej, co w zależności od postawionych wymagań może skutkować odrzuceniem oferty. Jeżeli w formularzu właściwości techniczno-użytkowych w rubryce kolumny „Wartość wymagana” jest podana wartość lub zakres wartości parametru, to oznacza to, że zamawiający wymaga zaoferowania urządzenia, którego parametr ma tę wartość lub zakres. Oferty przedstawiające urządzenia nie spełniające tego warunku zostaną odrzucone. Faktyczną wartość lub zakres wartości parametru oferowanego urządzenia należy wpisać w rubryce kolumny „Wartość oferowana”. Jeżeli w formularzu właściwości techniczno-użytkowych w rubryce kolumny „Wartość wymagana” znajduje się słowo „Tak”, to oznacza to, że zamawiający wymaga zaoferowania urządzenia wyposażonego w tę cechę techniczną lub użytkową. Jeżeli po słowie „Tak” następuje słowo „podać”, to oznacza to, że zamawiający wymaga zamieszczenia, poza potwierdzeniem istnienia tej cechy, także krótkiego opisu na czym ona polega lub w jaki sposób jest realizowana. Oferty nie spełniające tych warunków zostaną odrzucone. Potwierdzenie posiadania przez urządzenie cechy technicznej lub użytkowej i ewentualny opis tej cechy należy wpisać w rubryce kolumny „Wartość oferowana”.*

Odwołujący przedstawił następujący wywód odwołujący się do dorobku doktryny i orzecznictwa. W doktrynie powszechnie uznaje się, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające



**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

się na treść oferty, odnoszące się do jej aspektów formalnych i materialnych (tak m.in. Jerzy Pieróg. *Komentarz do ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Wydawnictwo CH Beck, 2012, Wydanie 11). Podobne stanowisko zostało również wyrażone w orzecznictwie. W wyroku z 14 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2363/11 Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, że brak w ofercie informacji bezwzględnie wymaganych w treści załącznika powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a tym samym skutkuje odrzuceniem oferty niezawierającej takich właśnie informacji. Wezwanie wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp jest nieuprawnione, gdyż prowadziłoby w istocie do zmiany treści złożonej przez niego oferty. Podobne stanowisko zostało wyrażone w orzeczeniu z 22 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1462/11), w którym uznano, że niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ. Ponadto w wyroku z 14 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2350/11) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią SIWZ w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania w SIWZ określonych wymagań oznacza, że zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ w SIWZ Zamawiający jasno określił zasady sporządzenia oferty oraz skutki nie spełnienia tych warunków, sprzeczność z treścią SIWZ oferty wykonawcy Warbud obligowała Zamawiającego do jej odrzucenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 Pzp) (w odwołaniu powołano się na wyrok Izby z 22 września 2010 r., sygn. akt KIO 1928/10).

### (III.) Rażąco niska cena oferty Warbud

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 7 wzoru umowy 14/2012/1 (załącznika do SIWZ)

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Jego ostateczna wysokość zostanie ustalona na podstawie prawidłowo sporządzonego i zatwierdzonego przez Zamawiającego kosztorysu powykonawczego, sporządzonego na podstawie obmiarów robót, po dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy, w cywilistycznym tego słowa znaczeniu stanowi zestawienie potrzebnych do wykonania zamówienia materiałów, sprzętu i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych (cen i stawek). Sporządzany przed przez wykonawcę kosztorys stanowi istotny element jego oferty, a wraz z zawarciem umowy staje się jej integralnym elementem. Wysokość ceny ofertowej brutto (wynagrodzenia) uzależniona jest od cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach ofertowych oraz formularzu asortymentowo- cenowym sprzętu medycznego, co *de facto* oznacza, że *ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu usług (określoną ceną oferty) w ilości przyjętej wg obmiarów (założonych w kosztorysach ofertowych) (...), ale ceną za odpowiednie usługi rozpatrywane łącznie. W takiej sytuacji ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych usług składających się na złożone zamówienie, które nie tylko obrazują sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia czy służą prezentacji elementów, jakie składają się na cenę wykonania zamówienia, ale stanowią ceny rzeczywiste, jakie będzie ponosił Zamawiający* (Odwołujący *de facto* w większości powyższy fragment zacytował za wyrokiem z 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10, wskazując również wyrok z 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2680/11).

Zdaniem Odwołującego analiza kosztorysu Warbud jednoznacznie wskazuje, że podane w nim ceny nie mają charakteru rzeczywistego, a ich zróżnicowanie nie może być wyjaśnione jedynie za pomocą różnej wartości zysku, jaki został ustalony za poszczególne pozycje. Zdaniem Odwołującego Warbud zastosował ceny, jakich nie zastosowałby w normalnym obrocie, przez co jego oferta jest w powyższym zakresie całkowicie nieporównywalna z ofertami innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Sposób przygotowania kosztorysu ofertowego – nieuwzględniającego jakichkolwiek elementów składowych w postaci np. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także jakiegokolwiek marginesu zysku – stwarza uzasadnione podstawy do uznania, że oferta Warbud zawiera rażąco niską cenę, co stanowi podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający badając oferty całkowicie przeoczył rozbieżności wynikające z porównania cen jednostkowych zaproponowanych przez innych wykonawców. Stoi to w sprzeczności z wyrażonym w orzecznictwie stanowiskiem, że zamawiający jest zobowiązany odnosić cenę

oferty nie tylko do wartości ustalonego przez siebie budżetu oraz realiów rynkowych, ale również do cen zaproponowanych przez innych wykonawców (w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1104/09). Dalej Odwołujący wywiódł, że w postępowaniu na roboty budowlane, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, wskazywane w ofercie ceny jednostkowe mają podstawowe znaczenie – stanowią treść zobowiązania wykonawcy (w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 5 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1324/09). W odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego, przy którym sposób kalkulacji oferty stanowi wyłączną domenę wykonawcy składającego ofertę (w tym miejscu Odwołujący wskazał na wyrok Izby z 8 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1307/09) – przy wynagrodzeniu kosztorysowym na ocenę, czy cena złożonej oferty ma charakter rażąco niskiej, istotny wpływ ma sposób kalkulacji cen jednostkowych. Zdaniem Odwołującego jeżeli zniżenie istotnych z punktu widzenia wykonania zamówienia pozycji cenowych jest tak drastyczne, że zagraża realizacji zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest ustalić w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę za wykonanie robót objętych tymi pozycjami.

Odwołujący wskazał następujące pozycje kosztorysowe z oferty Warbud jako mające istotny wpływ na cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę, w każdym przypadku stwierdzając, że cena jednostkowa zaoferowana przez Warbud pozostaje całkowicie nieadekwatna do cen rynkowych, odzwierciedlonych w cenach pozostałych wykonawców.

(1.) Kosztorys ofertowy Branża Budowlana- Budynek A 2 Nadproża stalowe:

(a) poz. 7 Konstrukcje podparć, zawieszzeń o masie elementu do 50 kg – konstrukcja stalowa nadproży (nadproży 140) Stal AL.: 3.386,36 zł/t Warbud (str. 25 oferty), 7.569,87 zł/t INSO (str. 176 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex (str. 568 oferty), 9.587,14 zł/t Odwołujący (str. 26 oferty);

(b) poz. 34 Konstrukcja stalowa podparć i zawieszzeń – konstrukcja stalowa nadproży: 2.903,36 zł/t Warbud (str. 26 oferty), 7.569,87 zł/t INSO (str. 177 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex (str. 569 oferty); 9.587,14 zł/t Odwołujący (str. 27 oferty);

(c) poz. 44 Konstrukcja stalowa podparć i zawieszzeń – konstrukcja stalowa nadproży: 2.903,36 zł/t Warbud (str. 26 oferty), 7.569,87 zł/t INSO (str. 177 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex (str. 569 oferty), 9.587,14 zł/t Odwołujący (str. 27 oferty);

(d) poz. 64 Konstrukcja stalowa podparć i zawieszzeń – konstrukcja stalowa nadproży: 2.903,36 zł/t Warbud (str. 27 oferty), 7.569,87 zł/t INSO (str. 178 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex (str. 570 oferty), 9.587,14 zł/t Odwołujący (str. 28 oferty);

(e) poz. 84 Konstrukcje podparć, zawieszzeń o masie elementu do 50 kg – konstrukcja stalowa nadproży (nadproży 140): 1.178,36 zł/t Warbud (str. 28 oferty), 7.569,87 zł/t INSO

(str. 179 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex (str. 571 oferty), 9.587,14 zł/t Odwołujący (str. 29 oferty);

(f) poz. 104 Konstrukcje podparć, zawieszzeń o masie elementu do 50 kg – konstrukcja stalowa nadproży (nadproży 140): 1.178,36zł/t Warbud (str. 28 oferty), 7.569,87 zł/t INSO (str. 179 oferty), 5.524,99 zł/t Konsorcjum Budimex S.A. (str. 572 oferty), 9.107,78 zł/t Odwołujący (str. 29 oferty).

(2.) Kosztorys ofertowy Branża Budowlana – Serwerownia A 2 Roboty budowlane:

(a) poz. 1 Ściany z bloczków betonu komórkowego odmiany 700 na zaprawie cienkowarstwowej odporności ogniowej EI 120 (...):10,24 zł/ m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 92,50 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 99,18 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 117,71 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(b) poz. 2 Drzwi stalowe przeciwpożarowe, pełny panel, dymoszczelne, wyposażone w samozamykacz i zamek antypaniczny: 8,34 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 1.237,71 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 163,03 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 1.331,55 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(c) poz. 3 Drzwi stalowe przeciwpożarowe, o odporności ogniowej EI60, pełny panel (...): 8,34 zł/m<sup>2</sup> (str. 31 oferty), 1.337,76 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 163,03 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 1.278,28 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(d) poz. 4 Skrzydła drzwiowe płytowe wewnętrzne pełne jednoskrzydłowe (...): 2,06 zł/m<sup>2</sup> (str. 31 oferty), 284,77 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 1020,77 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 575,23 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(e) poz. 6 Sufity powieszony modułowe (...): 1,00 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), -65,82 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 101,96 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 138,48 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(f) poz. 7 Podłoga podniesiona modułowa (...): 1,00 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 433,29 zł/m<sup>2</sup> INS (str. 182 oferty), 362,83 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 314,25 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(g) poz. 8 Schodki pomiędzy różnymi poziomami: 1,00 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 307,14 zł/m<sup>3</sup> INSO (str. 182 oferty), 1.091,87 zł/m<sup>3</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 351,53 zł/m<sup>3</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(h) poz. 15 Okładanie ścian tapetą winylową serwerowni do pełnej wysokości: 1,79 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 23,53 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty) 50,78 zł/m<sup>2</sup> Budimex (str. 565 oferty), 170,44 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty);

(i) poz. 16 Malowanie tynków wewnętrznych (...): 0,24 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 4,80 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 4,51 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 7,46 zł/m<sup>2</sup>

Odwołujący (str. 26 oferty);

(j) poz. 18 Fundamenty pod skraplacze wylewne żelbetowe (...): 0,77 zł/m<sup>2</sup> Warbud (str. 31 oferty), 46,78 zł/m<sup>2</sup> INSO (str. 182 oferty), 46,36 zł/m<sup>2</sup> Konsorcjum Budimex (str. 565 oferty), 806,17 zł/m<sup>2</sup> Odwołujący (str. 26 oferty).

Porównanie przedstawionych powyżej cen kosztorysowych przywiodło Odwołującego do wniosku, że w przypadku Warbud zawierają cenę poniżej jakiegokolwiek granicy opłacalności, całkowicie nierynkową, a przez to niekonkurencyjną. W ocenie Odwołującego powyższe ceny jednostkowe winny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej przez Warbud ceny całkowitej, skutkujące wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, co zrodziłoby konieczność wykazania przez Warbud (obiektywnego udowodnienia) zgodnie z art. 90 pzp, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe ceny jednostkowe są rażąco niskie i nie umożliwiają wykonania wycenionych przez Warbud robót w cenach, które zaproponował w kosztorysie, w szczególności, że w większości tych pozycji wykonanie musi obejmować zarówno koszt materiałów, jak i robocizny.

Odwołujący zaznaczył, że ponieważ ustawa pzp nie definiuje terminu *rażąco niska cena*, ani nie wskazuje określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, to istnieje potrzeba indywidualnego rozpatrywania każdego przypadku, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz wartości zamówienia. Nawiązując do utrwalonej linii orzeczniczej (w odwołaniu wskazano: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09; wyrok Izby z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 586/11; wyrok Izby z 22 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1515/10) – za rażąco niską cenę uznać należy taką cenę, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych, że zamówienie zostanie wykonane należycie, w sposób wymagany przez zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. Ponadto ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. O rażąco niskiej cenie można mówić także wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne – przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Odwołujący stwierdził, że nie można nie zauważyć *globalnych różnic w kosztorysie Warbud*, które Odwołujący przedstawił w następujący sposób:

(1.) branża *Budowlana- Budynek A2 Nadproża stalowe* – suma cen jednostkowych

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

zaniżonych przez Warbud osiąga kwotę 248.961,91 zł brutto, znacznie odbiegając od kalkulacji pozostałych oferentów:

- 962.963,08 zł brutto dla Odwołującego (str. 25-30 oferty), tj. o 287% wyższa;
- 683.831,66 zł brutto dla Konsorcjum Budimex (str.567-572 oferty), tj. o 175% wyższa;
- 813.795,32 zł brutto dla INSO (str. 175-180 oferty), tj. o 227% wyższa.

(2.) branża *Budowlana- Serwerownia A2 Roboty budowlana* – suma cen jednostkowych zaniżonych przez Warbud osiąga kwotę 2.089,83 zł brutto, znacznie odbiegając od kalkulacji pozostałych oferentów:

- 69.308,74 zł brutto dla Odwołującego (str. 31-32 oferty), tj. o 3.216 % wyższa;
- 56.615,52 zł brutto dla Konsorcjum Budimex (str.564-566 oferty), tj. o 2.609 % wyższa;
- 50.506,36 zł brutto dla INSO (str. 182-183 oferty), tj. o 2.317 % wyższa.

Odwołujący podsumował, że tak rażąco różnice w dwóch powyższych zakresach kosztorysowych spowodowały niższą ostateczną cenę oferty Warbud średnio o ok. 600.000 złotych od cen innych oferentów.

Nie sposób również nie wskazać, że badanie poszczególnych pozycji cenowych dla oceny rażąco niskiej ceny oferty, ma istotne znaczenie w sytuacji, w której Zamawiający - tak jak w przetargu objęty niniejszym odwołaniem - przewidział za wykonanie zamówienia wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym.

2 listopada 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących niezgodnych z wskazanymi przepisami ustawy pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Porr, INSO oraz Konsorcjum Budimex.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – przez zaniechania odrzucenia oferty INSO.
3. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Porr i INSO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Odrzucenia ofert złożonych przez Porr, INSO oraz Konsorcjum Budimex.
2. Ewentualnie – w zakresie Wykonawców Porr (Polska) i INSO – wezwania do uzupełnienia dokumentów i w razie ich nieuzupełnienia lub jeżeli uzupełnione dokumenty potwierdzą, że oferowane urządzenia nie spełniają wymagań Zamawiającego – odrzucenia ofert tych Wykonawców.

Odwołujący sprecyzował następujące zarzuty w uzasadnieniu odwołania:

I. Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Porr z treścią SIWZ w zakresie aparatury medycznej

Odwołujący po dokładnej analizie formularza *Właściwości techniczno-użytkowe sprzętu medycznego i technicznego* (strony 141-175 oferty), stwierdził, że oferta Porr podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ w poniżej sprecyzowanym zakresie.

(1.) tabela 4. lampy operacyjne – pkt 37 i tabela 5 lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 35

W obu przypadkach Zamawiający wyspecyfikował wymóg aby lampy wyposażone były w *regulację oświetlenia w trakcie zabiegów endoskopowych w zakresie nie mniejszym niż 50-300 Lx*. Do Zamawiającego wpłynęły pytania odpowiednio nr 243 i 259 o treści powiązanej ze wspomnianymi wymogami, jednak nieodnoszące się do nich wprost: *Czy Zamawiający dopuści lampę bez oświetlenia do zabiegów endoskopowych w czaszy, ale za to wyposażoną w podświetlane na niebiesko relingi (...)?* Na oba pytania Zamawiający odpowiedział pozytywnie: *Tak, Zamawiający dopuszcza również*. Zdaniem Odwołującego tym samym Zamawiający dopuścił również lampy spełniające jednocześnie dwa warunki: (1) bez oświetlenia do zabiegów endoskopowych w czaszy, (2) wyposażone w podświetlane na niebiesko relingi. Zamawiający dopuścił zatem lampę z podświetlonymi uchwytami, o ile nie ma innego systemu oświetlenia endoskopowego.

Porr, powołując się na powyższe odpowiedzi Zamawiającego, zaoferował odpowiednio: lampę operacyjną TruLight 5500/5500: *Tak lampa z trybem ENDO, dodatkowo podświetlane uchwyty boczne lampy w kolorze niebieskim* (str. 156 oferty) oraz lampę zabiegową TL 5500: *Tak, podświetlane na niebiesko relingi oraz tryb ENDO* (str. 160 oferty).

Zdaniem Odwołującego w obu przypadkach niezgodnie z treścią SIWZ i udzielonych wyjaśnień zaoferowano lampy: (1) z trybem ENDO, czyli oświetleniem endoskopowym w czaszy (ale z regulacją inną niż wymagana 50-300 lx); (2) wyposażone w podświetlane na niebiesko relingi. Odwołujący wyjaśnił, że w tym przypadku uchwyty boczne są podświetlane dodatkowo tylko wówczas, gdy jest włączona lampa, czyli w trakcie ustawienia lampy np. w tryb ENDO występuje zarówno emisję światła w tym trybie oraz dodatkowo włączone uchwyty boczne. Zdaniem Odwołującego prowadzi to do wniosku, że wartość natężenia światła emitowanego przez lampę jest zbyt wysoka do zabiegów endoskopowych i całkowicie odbiega od wymaganego zakresu 50-300 lx, co najmniej o jeden rząd wielkości.

(2.) tabela 4. lampy operacyjne – pkt 41 i tabela 5 lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 39

W obu punktach, dotyczących dwóch różnych rodzajów lamp medycznych, Zamawiający wyspecyfikował wymóg zaoferowania lamp o parametrze: *Żywotność matrycy LED nie krócej niż 40 000 godz.* Do Zamawiającego wpłynęły pytania nr 244 i 260

o identycznej treści: *Czy Zamawiający dopuści lampę operacyjną o żywotności matrycy LED 30 000h?* Na oba pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi pozytywnej, czyli dopuścił krótszą żywotność lampy operacyjnej.

Porr zaferował w tabeli 5 Lampy zabiegowe w pkt 39 urządzenie o następujących parametrach: *Tak, żywotność matrycy LED 30 000 godz. \*zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 28.09.2012* (str. 161 oferty). Według Odwołującego w zakresie lamp zabiegowych/porodowych Zamawiający nie zmienił pierwotnego wymagania.

(3.) tabela 4. lampy operacyjne – pkt 43 i tabela 5 lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 40

W obu punktach Zamawiający wyspecyfikował wymóg zaferowania lamp o parametrze: *Średnica plamy świetlnej dla czaszy przy wysokości 1 m w regulowanym zakresie nie mniejszym niż  $d_{10}$  = od 20 cm do 30 cm*, co oznacza konieczność zaferowania lampy z regulowaną średnicą plamy świetlnej w zakresie, co najmniej 20-30 cm. Do Zamawiającego wpłynęły pytania nr 245 i 261 o treści: *Czy Zamawiający dopuści lampę operacyjną o stałej średnicy plamy świetlnej 20 cm dla czaszy głównej i pomocniczej przy wysokości 1 m?* Na oba pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi pozytywnej, czyli dopuścił stałą średnicę 20 cm w obu czaszach lampy operacyjnej.

Porr na, zaferował w tabeli 5 Lampy zabiegowe w pkt 40 urządzenie o następujących parametrach: *„Tak, średnica plamy świetlnej dla czaszy przy wysokości 1 m  $d_{10}=20$  cm*, czyli o stałej średnicy plamy świetlnej wynoszącej 20 cm (str. 161 oferty). Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dopuścił zaferowania lamp zabiegowych (porodowych) jednogłowicowych o stałej średnicy. Zamawiający dopuścił zaferowanie stałej średnicy plamy świetlnej  $d_{10} = 20$  cm jedynie w dwugłowicowych lampach operacyjnych. Zatem dla lampy zabiegowej nadal obowiązuje wymaganie regulowanej średnicy plamy świetlnej w zakresie 20-30 cm jest obowiązującym zapisem SIWZ.

(4.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 20

Odwołujący Warbud podniósł argumentację analogiczną jak w odwołaniu INSO.

(5.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 31

Odwołujący Warbud podniósł argumentację analogiczną jak w odwołaniu INSO.

(6.) tabela 3. kolumna laparoskopowa – pkt 4

Odwołujący Warbud podniósł argumentację analogiczną jak w odwołaniu INSO.

(7.) tabela 3. kolumna laparoskopowa – pkt 14

Zamawiający opisał wymóg zaferowania kolumny z głowicą: *Długość głowicy zasilającej wraz z panelami dystrybucyjnymi większa niż 1100 mm*.

W kolumnie wartość oferowana Porr odpowiedział i zaferował kolumnę: *„Tak, długość głowicy zasilającej wraz z płaszczyznami montażu gniazd 1000 mm”* (str. 152



oferty). Odwołujący podsumował, że zaoferowano kolumnę o zbyt krótkiej głowicy, niespełniającej istotnego dla Zamawiającego parametru technicznego.

#### II. Zarzuty braku w ofercie Porr dokumentów potwierdzających, że oferowana aparatura medyczna spełnia wymagania SIWZ

Odwołujący zarzucił, że szereg parametrów, których potwierdzenia Zamawiający wymagał w załączonej do oferty instrukcji obsługi lub w oryginalnym prospekcie/katalogu powszechnie dostępnym na stronie internetowej producenta urządzenia, nie została potwierdzona w ofercie Porr. Zdaniem Odwołującego skutkuje to co najmniej koniecznością wezwania Porr do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a w razie ich nieuzupełnienia lub potwierdzenia przez uzupełnione dokumenty, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań Zamawiającego – koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Poza tą odmienną kwalifikacją skutków prawnych, w zakresie niżej wskazanych wymagań w odwołaniu Warbud przywołano zarzutu zbieżne z podniesionymi w odwołaniu INSO (inne istotne różnice wskazano poniżej):

(1.) tabela 1 Kolumna anestezyjologiczna – pkt 29

Odwołujący Warbud nie wysnuł wniosku, że oświadczenie Porr w pkt 29 jest nieprawdziwe.

(2.) tabela 2 Kolumna chirurgiczna – pkt 35

(3.) tabela 2 Kolumna chirurgiczna – pkt 39

Odwołujący Warbud nie wysnuł wniosku o manipulacji dokumentu (oryginalnego prospektu) przez Porr.

(4.) tabela 3 Kolumna laparoskopowa – pkt 32

(5.) tabela 6 Mosty intensywnej terapii – pkt 33

(6.) tabela 6 Mosty intensywnej terapii – pkt 43

(7.) tabela 6 Mosty intensywnej terapii – pkt 45

#### III. Zarzut niezgodności treści oferty Porr z treścią SIWZ w zakresie kosztorysu

Odwołujący podniósł, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 357 kosztorys ofertowy należy uzupełnić m.in. dodatkową pozycją zawierającą: *Centrala 45NW (a nie szafa klimatyzacyjna) jest to centrala podwieszana obsługująca pomieszczenie wentylatorni typ AWK01521*. Ponieważ w ofercie Porr nie ma dodanej takiej pozycji, treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

#### IV. Zarzut braku w ofercie INSO dokumentów potwierdzających, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego

Odwołujący podał, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty *oświadczenia producenta osprzętu aktywnego*. W ofercie INSO (str. 326) znajduje się oświadczenie, które nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż zostało wystawione na inny podmiot, tj.

Elektrobudowę. Ponadto w oświadczeniu wskazano jedynie część osprzętu aktywnego opisanego w SIWZ, tj. przełączniki, natomiast nie obejmuje ono pozostałych elementów osprzętu, tj. modułu światłowodowego, kabli przyłączeniowych oraz urządzenia UPS rack 19.

Odwołujący ocenił, że skutkuje to co najmniej koniecznością wezwania INSO do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a w razie ich nieuzupełnienia lub potwierdzenia przez uzupełnione dokumenty, iż oferowane dostawy nie spełniają wymagań Zamawiającego – koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

#### V. Zarzuty dotyczące niezgodności oferty INSO z treścią SIWZ w zakresie kosztorysu

Odwołujący podniósł, że w kosztorysie ofertowym znajduje się szereg pozycji innych niż wymagane przez Zamawiającego, w szczególności zawierających inne rozwiązania techniczne lub brak sprecyzowania co faktycznie zostało zaoferowane i wycenione. W ocenie Odwołującego ponieważ Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysu, winny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

W odwołaniu szczegółowo opisano niezgodności dotyczące następujących pozycji kosztorysów:

- *Instalacja c.t.s. i wody chłodniczej*: 1-9, 10-11, 16-22, 24-26, 29-39, 49, 50-54, 59, 65-66, 67-74, 81, 85-95, 98-99, 104, 105, 111, 112, 117-120, 136-144;
- *Instalacja c.o.*: 5-7, 16-19, 21-24, 39-46, 48-71;
- *Instalacja c.t.z.*: 1-7, 14, 15, 20-28, 40-44, 62, 1-14, 15-33, 81-87, 40, 41, 43-50, 55-58, 90-93;
- *Instalacja wod-kan i p.poż.*: 5-13, 37-41, 44, 67, 70-73, 80, 81, 89, 90, 101-103, 125, 132, 140-143.

#### VI. Zarzut błędu w obliczeniu ceny w ofercie INSO

Odwołujący podał, że w zakresie kosztorysu dotyczącego instalacji gazów medycznych INSO zastosowało nieprawidłową stawkę VAT w wysokości 23 %, zamiast stawki właściwej dla wyrobów medycznych, tj. 8%. W ocenie Odwołującego stanowi to błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, i skutkuje koniecznością odrzucenia tej oferty.

#### VII. Zarzut błędu w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum Budimex z treścią SIWZ

(1.) Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ wykonawcy mieli załączyć do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy. Jednocześnie w § 7 pkt 3 umowy Zamawiający zawarł informację, że łączna wartość faktur częściowych nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia. Odwołujący zarzucił, że Budimex jako jedyny wykonawca nie uwzględnił tego wymagania w swoim harmonogramie, tj. nie zostawił w ostatnim miesiącu harmonogramu płatności faktury

końcowej wielkości 10%.

(2.) Pozycja nr 892 kosztorysu ofertowego. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 357 kosztorys ofertowy należało uzupełnić m.in. o następującą pozycję: *Centrala 38aN jest to wentylator kanałowy Inline Vent KW 250/4/50/30 firmy Helios z nagrzewnicą elektryczną EHR-K 8/50/25-30 i filtrem KLF50/25-30*. Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Budimex zamiast pozycji wymaganej przez Zamawiającego podało pozycję: *wentylatory osiowe o średnicy otworu ssącego do 400mm z wirnikiem na wale silnika – do wentylacji przewodowej (masa do 90kg)*. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Konsorcjum Budimex nie zaoferowało ani nagrzewnicy, ani filtrów.

14 listopada 2012 r. w toku posiedzenia Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

#### I. Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutów odwołania Porr

##### (1.) Zarzut błędu w obliczeniu ceny – zastosowanie błędnej stawki VAT przez Warbud

Zamawiający podał, że w odpowiedziach na pytania wykonawców (np. nr 63, 64, 299, 300) wskazano, że stawki podatku VAT muszą być zgodne z aktualnym stanem prawnym (ustawą o VAT) oraz, że dopuszcza się – jako fakultatywną możliwość dla oferentów – określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte różnymi stawkami VAT. Zamawiający zastrzegł, że nie jest jego obowiązkiem badanie prawidłowości zastosowania w ofercie każdego z wykonawców konkretnej stawki podatku VAT, skoro cena ofertowa miała zostać podana w kwocie brutto (rozdział XIII SIWZ). Tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do badania i oceniania (a następnie ewentualnego odrzucania) z tej przyczyny ofert. Według Zamawiającego słuszność takiego postępowania potwierdza wyrok Izby z 14 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1667/12), w którym stwierdzono m.in.: *(...)dla rozliczenia przyszłej umowy (dla ustalenia prawidłowości obliczenia ceny), bowiem formularz ofertowy miał znaczenie wyłącznie w zakresie podania ceny brutto – miała być ona podstawą do porównania ofert. Cena netto ani stawka podatku VAT podana w formularzu ofertowym nie miały żadnego znaczenia dla oceny ofert w tym przypadku, skoro decydujące dla ustalenia wynagrodzenia będą wyłącznie ceny brutto podane w formularzu cenowym, a podstawą porównania ofert – cena brutto z formularza ofertowego*.

Niezależnie od powyższego Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie odnoszącym się do zamówień publicznych, jak i spraw podatkowych, jeżeli przedmiot postępowania stanowi *jedno świadczenie, jedną całość z ekonomicznego punktu widzenia, to winien być traktowany jako jedna czynność*, która nie powinna być dzielona w sposób sztuczny, wyłącznie do celów podatkowych. Sąd Okręgowy

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

w Poznaniu w wyroku z 9 czerwca 2006 r. (sygn. akt II Ca 642/06) wywiódł, że jeżeli przedmiot zamówienia ma różnorodny charakter, powinna być przyjęta stawka podatku VAT dla tego przedmiotu, który nadaje całości zasadniczy charakter. Natomiast przyjmuje się, że jeżeli dana czynność ma charakter samoistny, nie służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej, uzasadnione jest stosowanie zróżnicowanych stawek podatku. Bezspornie wykonawca zobowiązany jest do zastosowania, dla obliczenia ceny oferty, właściwej stawki podatku – zgodnej z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług (VAT).

W ocenie Zamawiającego zastosowanie przez Warbud podstawowej stawki podatku VAT w przypadku pozycji 275 kosztorysu (podobnie jak to uczynili inni wykonawcy z wyjątkiem Odwołującego Porr) było prawidłowe. Ta pozycja kosztorysu znajdowała się w przedmiarze kosztorysu robót budowlanych, które są objęte podstawowa stawka podatku VAT. Pozycje, co do których mogła obowiązywać inna niż podstawowa stawka VAT, były zamieszczone w oddzielnych zestawieniach np. dostawy kolumn czy lamp operacyjnych (por. formularz asortymentowo-cenowy oferowanego sprzętu medycznego i technicznego). Zamawiający traktował prace wskazane pod pozycją 275 kosztorysu jako roboty budowlane, mając na uwadze fakt, że większość objętych tą pozycją usług dotyczy wykonania robót budowlanych a nie instalowania określonego sprzętu medycznego. Instalacja bloku integracyjnego jest elementem większej całości zleconych prac, tj. wykonania prac budowlanych dotyczących całego bloku operacyjnego. W przypadku świadczenia o kompleksowym charakterze (z jakim niewątpliwie mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia), na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku VAT powinno się przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. Zaprezentowane stanowisko potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach: z 25 stycznia 2007 r. (sygn. akt. I FSK 499/06) oraz z 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt I FSK 1946/07).

(2.) Zarzut sprzeczności oferty Warbud z SIWZ w poz. 162 tabeli 7. załącznika nr 2 do SIWZ  
Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że Warbud zamieścił wyraz „TAK” co wedle rozdziału XI pkt 4 SIWZ oznacza spełnienie przez oferowany sprzęt kryteriów Zamawiającego. Zamawiający podał, że komisja przetargowa potraktowała jako zwykłą pomyłkę pisarską odwrócony kierunek znaku wielkości „>”. W ocenie Zamawiającego powoływane przez Odwołującego Porr poglądy doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie mają w niniejszym przypadku zastosowania, gdyż nie wystąpił tutaj przypadek *innego sposobu sporządzenia oferty niż żądał zamawiający* czy też *brak w ofercie informacji bezwzględnie*

wymaganych w treści załącznika.

(3.) Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Warbud.

Zamawiający potwierdził, że przewidziane przez niego wynagrodzenie (jego wartość brutto) ma charakter kosztorysowy. Zamawiający nie jest uprawniony czy też zobowiązany dbać o interesy ekonomiczne poszczególnych wykonawców, wobec czego nie bada złożonych ofert pod kątem sprawdzenia na jakim etapie kosztorysów (w jakiej pozycji) wykonawca przewidział swój zysk oraz jego wysokość. Zamawiający podkreślił, że interesuje go wyłącznie koszt całej ofertowanej inwestycji a nie jej poszczególnych elementów. Do obowiązków Zamawiającego nie należy badanie ekonomicznej opłacalności zastosowanej przez wykonawcę wyceny konkretnego elementu (sprzętu, robocizny czy materiału). Zgodnie z wyrokiem Izby z 15 czerwca 2012 r. ( sygn. akt KIO 1091/12), rzeczą pozostawioną zamawiającemu jest uznanie, jakie warunki będą wystarczającymi dla prawidłowej realizacji zamówienia, jakie cechy, właściwości oraz zasoby musi posiadać w konkretnym postępowaniu wykonawca, by dawać rękojmię prawidłowej i niezakłóconej realizacji zamówienia, lub przynajmniej uprawdopodobnić takie jego wykonanie.

Odnosnie przywoływanych przez Odwołującego Porr zestawień rzekomo rażącej niskiej ceny na nadproża stalowe czy też roboty budowlane dotyczące serwerowni, Zamawiający ocenił, że wyciągane z tychże zestawień wnioski na temat ekonomicznej nieopłacalności wyceny wybranej oferty są całkowicie chybione. W warunkach gospodarki rynkowej nie każdy pojedynczy element (praca, materiał czy robocizna) zawarty w ofercie wykonawcy musi zawierać gwarancję zysku. Przy zamówieniach rozliczanych kosztorysowo, to wykonawca decyduje, które z elementów oferty zawierają w sobie zysk a które są wykonywane po kosztach opłacalności. Porównując sumaryczne oferty wszystkich wykonawców złożone w postępowaniu nie można podzielić opinii Odwołującego Porr, że różnica w globalnej wartości jego oferty (łączna cena brutto 47.937.235,57 zł) w porównaniu z wybraną przez Zamawiającego ofertą (łączna cena brutto 45.726.201,82 zł) – nie gwarantuje, że zamówienie zostanie wykonane należycie, w sposób wymagany przez Zamawiającego. Porównując wartości globalne poszczególnych ofert nie sposób podzielić twierdzeń Odwołującego Porr, jakoby wybrana oferta wskazywała *na ceną nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, ceną niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych...* Pomija przy tym zestawienia cen jednostkowych, które wskazywać mogą na ewentualny zarzut rażąco niskiej ceny stosowany przez Odwołującego 1 w innych elementach złożonej przez siebie oferty. Zamawiający stwierdził, że przygotowane Odwołującego Porr zestawienia zostały sporządzone dowolnie i wrywkowo – przywołując wybrane przez Odwołującego 17 elementy z oferty Warbud.

Zdaniem Zamawiającego pojęcie *rażąco niskiej ceny* odnosi się do całkowitej ceny ofertowej, a nie poszczególnych cen jednostkowych. Jak to wskazano w uzasadnieniu wyroku z 17 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2071/12), ustawodawca nie zdefiniował pojęcia *rażąco niskiej ceny* ani nie ustanowił jakiejś wartości, od której zamawiający byłby zobligowany wszcząć procedurę wyjaśniania zaoferowanych cen pod kątem *rażąco niskiej ceny*. W związku z tym, zamawiający każdorazowo musi sam badać oferty przede wszystkim w stosunku do swojej wyceny szacunkowej wartości zamówienia (jako całości) a także w stosunku do pozostałych ofert (ich wartości łącznej). Zamawiający podkreślił, że różnice pomiędzy poszczególnymi ofertami złożonymi w postępowaniu nie przekraczały 10%. Z tych względów u Zamawiającego nie zrodziła się wątpliwość, co do zaoferowania *rażąco niskiej ceny* a tym samym nie musiał przeprowadzać procedury wyjaśniania zaoferowanych cen z art. 90 ust. 1 pzp. Słuszność takiego stanowiska potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 930/12 i KIO 938/12), wedle którego *dla oceny: czy rozpatrywana cena jest ceną rażąco niską – należy badać przede wszystkim ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy. Podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych mówi bowiem o cenie, nie zaś o jej poszczególnych elementach, czy też składowych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części zamówienia (jednej z pozycji formularza cenowego).*

## II. Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutów odwołania INSO

### (1.) Zarzuty niezgodności oferty Warbud z treścią SIWZ

(a) W ocenie Zamawiającego nie sposób podzielić zarzutu jakoby wybrana oferta (a konkretniej wycena kosztorysowa) nie zawierała elementów, na które wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na pytania: 346, 347, 383, 403, 404 i 406. Zdaniem Zamawiającego istotna jest okoliczność (pominięta przez Odwołującego), że pismem z 2 października 2012 r. (nr Dzp. G-P/2722/12/S) zawiadomił wykonawców, że *wyraża zgodę na złożenie w ofercie kosztorysów w formie uproszczonej z uwzględnieniem niezbędnych materiałów, sprzętu i wszystkich niezbędnych narzutów, natomiast zobowiązuje wykonawcę wyłonionego w postępowaniu, aby w terminie siedmiu dni od dnia zawarcia umowy złożył kosztorys w formie szczegółowej*. Zmiana pierwotnie wymaganych kosztorysów szczegółowych na kosztorysy uproszczone została dokonana na wniosek wykonawców. Zamawiający w następujący sposób opisał konsekwencje tej zmiany: *...w kosztorysie uproszczonym mogą nie występować wszystkie pozycje prac do wykonania. Wszystkie*

*pozycje w danym elemencie będą doprecyzowane w kosztorysie szczegółowym, który zostanie opracowany przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy. Zamawiający przyjął, że pomimo braku wyszczególnienia danych elementów w kosztorysie uproszczonym, Warbud S.A. wziął pod uwagę dodatkowe elementy, o których mowa w odpowiedzi na pytania nr 346, 347, 383, 403, 404 i 406. ...przedstawiony przez każdego z oferentów kosztorys na wykonanie prac został potraktowany jako całość zadania uwzględniająca dodatkowe elementy.*

(b) Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem jakoby wybrana oferta w pkt 16 *Wentylacja* zawierała niedopuszczalne modyfikacje. Zamawiający podniósł, że w kosztorysie uproszczonym nie podaje się norm, gdyż podaje się je dopiero w kosztorysie szczegółowym. *Zatem ewentualna modyfikacja elementu, który nie stanowi obligatoryjnej części kosztorysu uproszczonego nie stanowi o sprzeczności takiego kosztorysu z zapisami SIWZ.*

W ocenie Zamawiającego podobnie rzecz się ma z *podaniem przez wybranego Wykonawcę pozycji 0 zł za wykonanie wybranego elementu prac*. W pierwszej kolejności Zamawiający odwołał się do ponownie do argumentacji podniesionej w pierwszym akapicie pkt I.3. powyżej odnośnie odwołania Porr, aż do twierdzenia, że interesuje go wyłącznie koszt całej ofertowanej inwestycji, a nie jej poszczególnych elementów. Zamawiający uznał, że wycenienie danego elementu przez wykonawcę na 0 zł nie jest przeszkodą do rozpatrzenia całej oferty (jako całości) i porównania jej wartości z innymi złożonymi ofertami. Zamawiający przyjął, że wyceniona na 0 zł konkretna pozycja winna zostać wykonana przez wykonawcę, natomiast jej koszt (i ewentualny zysk) został umieszczony w innych elementach przedłożonego kosztorysu uproszczonego.

W ocenie Zamawiającego w przypadku wybranej oferty zachodziła pełna zgodność kosztorysu ofertowego (uproszczonego) tak w zakresie opisu wszystkich pozycji, w tym zastosowanych materiałów, jak i tożsamej ilości jednostek.

Stąd też - w ocenie Zamawiającego - nie doszło do spełnienia przesłanki odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 PZP.

#### (2.) Zarzut rażąco niskiej ceny oferowanej przez Warbud

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego INSO argumentów uzasadniających, jego zdaniem, zarzut rzekomo rażąco niskiej ceny w tym powoływanych zestawień poszczególnych cen jednostkowych przewodów, kanałów i elementów wentylacyjnych, Zamawiający powołał się na poczynione wywody odnośnie analogicznego zarzutu odwołania Porr (zawarte powyżej w pkt I.3).

Zdaniem Zamawiającego argument, że Warbud w innym postępowaniu przetargowym stosował inne ceny niż w złożonej ofercie jest chybiony i nieudowodniony. Zamawiający nie

ma obowiązku ani uprawnień do badania innych postępowań przetargowych, w których uczestniczyli wykonawcy, nawet wtedy jeśli takie postępowania dotyczą placówek o zbliżonym do Zamawiającego charakterze działalności. Zamawiający uważa, że każde zamówienie w zakresie robót budowlanych charakteryzuje się odmiennościami w sferze technicznej, co na pewno nie pozostaje bez znaczenia dla konkretnych ofert składanych przez wykonawców. Nie może to stanowić podstawy do żądania od Zamawiającego odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał, że *ta sama konkluzja* dotyczy wyliczeń z odwołania INSO dotyczących ekonomicznej opłacalności wybranej oferty i potencjalnego zysku, jaki Warbud zaplanował. W ocenie Zamawiającego różnice w wartości poszczególnych ofert nie były znaczące, zaś Zamawiający nie jest uprawniony ani zobowiązany do badania w trakcie oceny danej oferty jej ekonomicznej opłacalności dla składającego ją wykonawcy. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny ani nie ustanowił jakiejś wartości, od której zamawiający byłby zobligowany wszcząć procedurę wyjaśniania zaoferowanych cen pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający powtórzył, że ze względu na występujące różnice cenowe nie zrodziła się u niego wątpliwość, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym Zamawiający nie musiał przeprowadzać procedury wyjaśniania zaoferowanych cen z art. 90 ust. 1 pzp.

### (3.) Zarzut niezgodności oferty Warbud z przepisami powszechnie obowiązującego prawa oraz nieważności oferty Warbud

Zdaniem Zamawiającego w argumentacji dotyczącej tych zarzutów podnoszona jest kwestia zastosowania przez wybranego wykonawcę nieprawidłowej stawki VAT. Stąd Zamawiający w pierwszej kolejności powołał się na adekwatność swojego stanowiska odnośnie zarzutu odwołania Porr dotyczącego nieprawidłowej stawki VAT (pkt I.1. powyżej).

W ocenie Zamawiającego przy złożeniu przez wykonawcę oferty w kwocie brutto rozliczanej kosztorysowo, zastosowanie potencjalnie nieprawidłowej stawki VAT do rozliczenia konkretnych robót, obciąża wyłącznie Warbud. Zamawiający mógłby odrzucić ofertę, gdyby zawierała inne niż obowiązujące stawki podatku VAT. Natomiast nie jest uprawniony do badania zasadności zastosowania takiej, a nie innej – dopuszczalnej w obowiązujących przepisach – stawki tego podatku do rozliczenia konkretnie wykonanych prac. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, argumenty o rzekomej oszczędności Warbud na podatku VAT uznać należy za chybione. Zamawiający stwierdził, że Warbud, zgodnie z wymogami SIWZ, złożył ofertę, która zawierała podatek VAT w stawkach obowiązujących w aktualnym stanie prawnym. Zdaniem Zamawiającego należy przywołać następującą tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 920/12): *z uwagi na*



*ogromną rozbieżność dostępnych powszechnie interpretacji i różne stanowiska organów podatkowych zajmujących się wydawaniem interpretacji indywidualnych dla podatników, a także różnorodność stanów faktycznych objętych zakresem interpretacji, nie można działaniom zamawiającego, który nie odrzucił żadnej z ofert mimo zastosowania w nich różnych stawek podatku, przypisać działań wskazujących na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.*

Zamawiający stwierdził, że w świetle powyższego nie miał podstaw do odrzucenia wybranej oferty z tych przyczyn czy też stwierdzenia jej nieważności w oparciu o art. 58 kc.

(4.) Zarzut złożenia przez Warbud oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji

Zdaniem Zamawiającego w argumentacji tego zarzutu Odwołujący INSO powołuje się na zaniżenie przez Warbud swojej oferty w zakresie cen jednostkowych wybranych elementów prac, jak również na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Stąd Zamawiający uznał za adekwatną i wystarczającą swoją argumentację przedstawioną powyżej odpowiednio w pkt I.3 i II.1 oraz w pkt II.2. Zamawiający podsumował, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Warbud jak również uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji.

(5.) Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Porr z SIWZ:

(a) w zakresie kolumny anesteziologicznej – 4 pkt 4 i 29 tabeli 1. załącznika nr 2 do SIWZ

Wedle oceny Zamawiającego zarzut jest chybiony. Na stronie 277 oferty jest podana wartość udźwigu kolumny – 340 kg. Wykonawca był zobowiązany do złożenia w tym względzie oświadczenia (dotyczy pkt 4 tabeli 1.), co też nastąpiło. Według Zamawiającego w przedstawionej instrukcji obsługi urządzenia TruPort 5000/7000 na str. 67 znajduje się informacja dotycząca udźwigu oferowanego urządzenia oferowanego przez Odwołującego (str. 350 oferty).

(b) w zakresie kolumny chirurgicznej – pkt 35 tabeli 2. załącznika nr 2 do SIWZ

Według Zamawiającego zarzut jest chybiony, gdyż na str. 286 oferty Porr znajduje się instrukcja dotycząca także obsługi urządzenia TruPort 7500. Przedstawione przez Odwołującego Porr w ofercie informacje dotyczące wartości udźwigu kolumny chirurgicznej były wystarczające do przyjęcia, że proponowane urządzenie spełnia wymogi SIWZ.

(c) w zakresie schowków na nadmiar kabli w kolumnie chirurgicznej – pkt 39 tabeli. 2 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający ocenił zarzuty jako bezzasadne, gdyż Odwołujący Porr spełnił wymagania SIWZ odnośnie tego punktu. Zamawiający podkreślił, że nie jest w stanie zweryfikować każdego przedstawionego mu w ofercie prospektu producenta czy też instrukcji obsługi na okoliczność ich ewentualnego zmanipulowania. Zamawiający uznał, że

kolumna z oferty spełnia jego wymagania w zakresie schowków (ich wielkości).

(d) w zakresie kolumny laparoskopowej – pkt 4 i 32 tabeli 3. załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający podniósł, że jego intencją w odpowiedzi na pytanie z 28 września 2012 r., dopuszczającą długość ramion kolumn 2000 mm +/- 10 % było objęcie powyższym parametrem wszystkich kolumn stanowiących przedmiot zamówienia.

(e) w zakresie mostów intensywnej terapii – pkt 20, 31-33, 43 i 45 tabeli 6. załącznika nr 2 do SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący INSO dokonuje nadinterpretacji treści wynikającej z odpowiedzi na pytanie nr 265. Zgodnie z jej treści Zamawiający dopuścił system zabezpieczający *blokowanie ruchu głowicy zasilającej wzdłuż belki zarówno pneumatyczne jak i mechaniczne*. Oznacza to, że dopuszczone zostały oferty w zakresie mostów intensywnej terapii, w których blokowanie ruchu głowicy zasilającej mogło być pneumatyczne albo mechaniczne albo pneumatyczne i mechaniczne. Porr zaoferował urządzenie z blokadą głowicy o charakterze mechanicznym, co było zgodne z SIWZ.

Co do wyposażenia głowicy w schowki na nadmiar rur i kabli umożliwiających ukrycie ich wewnątrz głowicy zasilającej, Zamawiający wskazał, że *rozwiązanie przedstawione przez Porr spełniało jego oczekiwania*.

Co do pkt 33 oraz 45 tabeli 6. – Zamawiający oświadczył, że potraktował podany udźwig wózka jezdnego jako udźwig kolumny mostów intensywnej terapii. *Dla celów Zamawiającego*, oferta Odwołującego Porr w tym zakresie była zgodna z wymogami SIWZ.

Odnośnie pkt 43 tabeli 6. – Zamawiający podniósł, że na str. 385 oferty Porr znajduje się zapis, że pod półką na moście intensywnej terapii jest przestrzeń na umieszczenie w niej nadmiernej długości kabli elektrycznych. Stawiany w tym względzie wymóg został spełniony.

(f) Niezgodność oferty Porr z SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytania nr: 356, 357, 383, 403, 404 i 406

Zdaniem Zamawiającego powyższe zarzuty są tożsame z zarzutami podniesionymi w stosunku do Warbudu, stąd powołał się na swoją argumentację zawartą w pkt II.1 lit. a powyżej. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że pozycje wskazane przez Odwołującego INSO jako rzekomo zmodyfikowane niezgodnie z treścią SIWZ, zostały sporządzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na pytanie nr 358 dla pozycji 175 czy też pytanie 356 dla pozycji 193.

III. Stanowisko Zamawiającego odnośnie zarzutów odwołania Warbud

(1.) Zarzuty dotyczące oferty Porr

(i) Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Porr z treścią SIWZ w zakresie aparatury medycznej:

(1.) tabela 4. lampy operacyjne – pkt 37 i tabela 5. Lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 35

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest chybiony, gdyż w odpowiedziach na pytania *bezspoornie* dopuścił lampy bez oświetlenia ENDO ale z podświetlanymi relingami. W ofercie zostały zaoferowane lampy bez trybu ENDO (w rozumieniu opisu SIWZ) ale za to z podświetlanymi relingami, co spełniało wymagania Zamawiającego.

(2.) tabela 4. lampy operacyjne – pkt 41 i tabela 5. lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 39

Według Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny, gdyż w treści pytań dotyczących lamp zabiegowych pojawia się słowo *operacyjna* ale pytania skierowane do Zamawiającego zostały podzielone za pomocą nagłówków na grupę *lampy operacyjne* i grupę *lampy zabiegowe*. W każdej grupie pytania były takie same, bo dotyczyły takich samych lamp. Zamawiający publikując pytania i odpowiedzi pominął nagłówek *dotyczy lamp zabiegowych*, nie ma jednak wątpliwości, że intencją Zamawiającego było wyrażenie zgody na ten parametr również w odniesieniu do lamp zabiegowych. Bezpodstawne jest wywodzenie, że Zamawiający zgodził się na te parametry w przypadku lamp operacyjnych a nie zgodził się w przypadku lamp zabiegowych, które mają mniejsze wymagania. Według Zamawiającego odpowiedzi na pytania 260 i 261 dotyczyły także lamp zabiegowych.

(3.) tabela 4 lampy operacyjne – pkt 43 i tabela 5. lampy zabiegowe (porodowe) – pkt 40

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest chybiony z tego samego powodu, co poprzedni zarzut. Według Zamawiającego odpowiadając na pytania dopuścił mniejszą żywotność matryc dla obu rodzajów lamp: zabiegowych (porodowych) i operacyjnych, jak również stałą średnicę płamy świetlnej dla obu rodzajów lamp.

(4.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 20; (5.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 31; (6.) tabela 3. kolumna laparoskopowa – pkt 4

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie analogicznych zarzutów z odwołania INSO.

(7.) tabela nr 3. kolumna laparoskopowa – pkt 14

Według Zamawiającego zarzut chybiony, gdyż uznał, że skoro oferent zmieścił na długości ramienia całe oprzyrządowanie techniczne (w tym gniazda) to spełnił wymagania SIWZ.

(ii) Zarzuty dotyczące braku w ofercie Porr dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego:

(1.) tabela 1. kolumna anestezyjologiczna – pkt 29; (2.) tabela 2. k chirurgiczna – pkt 35; (3.) tabela 2. kolumna chirurgiczna – pkt 39; (4.) tabela 3. kolumna laparoskopowa – pkt 32; (5.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 33; (6.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 43; (7.) tabela 6. mosty intensywnej terapii – pkt 45

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie analogicznych zarzutów z odwołania INSO.

(iii) Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Porr z treścią SIWZ w zakresie kosztorysu

Zamawiający odesłał do stanowiska zajętego odnośnie zarzutów INSO dotyczących kosztorysu Warbud (pkt II.1 lit a powyżej).

(2.) Zarzuty dotyczące oferty INSO

(i) Zarzut dotyczący braku w ofercie INSO dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego.

Według Zamawiającego zarzut jest chybiony, gdyż *Zamawiający uznał, że oświadczenie oferenta w tym względzie jest wystarczające dla celów rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.*

(ii) Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Odwołującego INSO z treścią SIWZ

Zdaniem Zamawiającego wszystkie podniesione zarzuty są chybione. Zamawiający uznał, że wprowadzone inne nazewnictwo w opisie pozycji kosztorysowych nie powoduje zmiany czy też nieważności oferty i nie będzie przeszkodą w prawidłowym rozliczeniu kosztorysowym inwestycji.

Zarzut nieprawidłowej stawki VAT w ofercie INSO

Wedle Zamawiającego zarzut jest także chybiony. Zamawiający odesłał do swojego stanowiska dotyczącego wskazywania przez wykonawców stawek VAT przedstawionego przy odpowiedzi na odwołanie INSO (pkt I.1).

(3.) Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Budimex

(1.) Zdaniem Zamawiającego zarzut chybiony, gdyż harmonogram jest jedynie propozycją wykonawcy i informacją o sposobie i czasie realizacji poszczególnych elementów zadania i nie ma nic wspólnego z fakturowaniem inwestycji. O przyjętych fakturach do zapłaty decyduje ostatecznie Zamawiający.

(2.) W ocenie Zamawiającego zarzut bezzasadny, gdyż uznał, że pozycja 892 kosztorysu, jako pozycja uproszczona, spełnia jego oczekiwania.

Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom kopie odwołań: 2 listopada 2012 r. – odwołania INSO i odwołania Porr, 5 listopada 2012 r. – odwołania Warbud. Do Prezesa Izby zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego następujący wykonawcy:

- 5 listopada 2012 r. – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – odpowiednio w sprawach o sygn. akt: KIO 2394/12 i KIO 2395/12;
- 5 i 6 listopada 2012 r. Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie – odpowiednio

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

w sprawach o sygn. akt: KIO 2394/12 i KIO 2415/12;

– INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Florencji – w sprawie o sygn. akt KIO 2415/12;

– wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Ferroval Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie – w sprawie o sygn. akt KIO 2415/12

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony którejkolwiek ze spraw oraz zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia nieskuteczności zgłoszonych przystąpień.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez każdego z Odwoływających – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, że którekolwiek z odwołań podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników przez Przystępującego Porr złożył wniosek o odrzucenie odwołania INSO na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, który został poparty przez Zamawiającego i Przystępującego Warbud.

Wniosek został uzasadniony w następujący sposób – odwołanie INSO zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż F..... P..... – który podpisał pełnomocnictwo z 20 października 2012 r. dla radcy prawnego M..... B..... do wniesienia odwołania i reprezentowania przed Izbą – sam nie był uprawniony do reprezentowania w tym zakresie spółki INSO. Przystępujący Porr na podstawie załączonego do odwołania *zaświadczenia o wpisie do działu zwykłego do Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa we Florencji* z 14.09.2012 r. ustalił, że prawo reprezentowania INSO wobec F..... P..... posiadał m.in. następujące uprawnienia: po pierwsze – prawo reprezentowania spółki przed organami sądowymi, administracyjnymi i podatkowymi, zarówno zwykłymi jak i specjalnymi, krajowymi, regionalnymi i lokalnymi (pkt 1, 2 i 3); po drugie – w zakresie ograniczonym do kwoty 10.000.000 Euro – prawo uczestniczenia w postępowaniach przetargowych oraz – w przypadku wygranej/ pozyskania zamówienia – zawarcia odnośnych umów (pkt 12 oraz pkt T). Przystępujący ocenił, że na podstawie przedłożonego pełnomocnictwa F..... P..... jest uprawniony do podejmowania czynności/ udzielania pełnomocnictw w związku z uczestnictwem INSO w postępowaniach przetargowych do kwoty 10.000.000 euro czy reprezentowania tej spółki przed organami

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

administracyjnymi, sądowymi i podatkowymi, wszelkich szczebli, wszelkich instancji, nie pozostaje jednak uprawniony do reprezentowania INSO przed Krajową Izbą Odwoławczą, która nie jest żadnym z powołanych wyżej organów. W szczególności Krajowa Izba Odwoławcza, ani Prezes Krajowej Izby Odwoławczej nie są organami administracji (publicznej), lecz organem orzekającym innym niż sąd (Przystępujący powołał się na postanowienie z 17 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 35/12 oraz postanowienie NSA z 27 września 2011 r., sygn. II GSK 1842/11). Przystępujący wskazał również, że dla skutecznego wniesienia odwołania konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe, umocowujące do dokonania konkretnej czynności, co wynika z faktu, że postępowanie odwoławcze nie jest integralną częścią postępowania o zamówienia publiczne, nie toczy się przed zamawiającym ale przed zupełnie niezależnym podmiotem.

Izba zważyła, że wniosek o odrzucenie odwołania opiera się na wybiórczej i błędnej interpretacji załączonego do odwołania wypisu z Rejestru Przedsiębiorstw we Florencji z 14 września 2012 r. W pierwszej kolejności w dokumencie tym ujawniono następujące zasady reprezentacji: *Prawo reprezentowania spółki wobec osób trzecich oraz przed sądem posiada Prezes Zarządu... Ponadto prawo reprezentowania spółki posiadają również prokurenci, dyrektorzy generalni, o ile zostali powołani – w zakresie przyznanых im umocowań. F..... P..... łączy uprawnienia z tytułu pełnienia różnych funkcji. Po pierwsze – posiada uprawnienia jako Pełnomocnik oraz Dyrektor Generalny – między innymi do reprezentowania spółki przed organami sądowymi, administracyjnymi i podatkowymi, zarówno zwykłymi jak i specjalnymi, krajowymi regionalnymi i lokalnymi, na każdym etapie i w dowolnej instancji (pkt 1), a także mianowania pełnomocników procesowych, jak również do wskazywania adwokatów i mianowania pełnomocników procesowych przed tymi samymi organami (pkt 3). Powyższe uprawnienia pełnomocnika są zupełnie niezależne i odrębne od uprawnień, które F..... P..... ma jako Członek Zarządu oraz Prokurent. W ramach prerogatyw wynikających z tytułu pełnienia tych stanowisk wskazano między innymi reprezentowanie spółki we Włoszech i za granicą wobec centralnych i lokalnych organów administracji państwowej, instytucji państwowych i prywatnych, osób fizycznych i prawnych oraz przed organami sądowymi, administracyjnymi i podatkowymi; podejmowanie w imieniu i na rzecz spółki – w zakresie niżej opisanych umocowań – wszelkich czynności związanych z przedmiotem działania spółki, za wyjątkiem tych, które przepisami prawa i postanowieniami statutu są zastrzeżone do kompetencji Zarządu lub Zgromadzenia Wspólników. Szczególnie – by podać tytułem przykładu, który nie wyczerpuje zakresu uprawnień – zostają nadane umocowania do wykonywania następujących uprawnień:*

(...)

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

*Q. udzielanie pełnomocnictw, pełnomocnictw procesowych i – w ogólnym rozumieniu – wszelkich uprawnień do reprezentowania: prawnikom, obrońcom i właściwym specjalistom w celu sformułowania pozwów, odwołań, sprzeciwów, ugód i – w ogólności – podejmowania wszelkich czynności sądowych i pozasądowych, przed organami administracyjnymi i sądowymi każdego rodzaju, na każdym etapie, każdej instancji sądownictwa włoskiego i zagranicznego (...); prawo wnoszenia pozwów, sprzeciwów, odwołań w postępowaniach administracyjnych, odwołań do władz administracji państwowej i samorządowej, występowania zarówno według ustalonego porządku jak i bez zachowania tego porządku (...)*

*T. podejmowanie wszelkich czynności związanych z udziałem w przetargach, aukcjach, licytacjach publicznych i prywatnych (...) oraz w ogólnym rozumieniu, we wszystkich publicznych postępowaniach jawnych prowadzonych przez instytucje administracji państwowej, instytucje państwowe i podmioty ogłaszające przetarg, instytucje i spółki równoważne, we Włoszech i za granicą (...) Wykonanie wszystkich koniecznych czynności, przygotowanie i dostarczenie wszelkich koniecznych, lub tylko potrzebnych, dokumentów – zarówno na etapie składania oferty, jak i w trakcie postępowania przetargowego oraz w kolejnych etapach, następujących po przyznaniu zlecenia, ze szczególnym – choć nie wyłącznym – uwzględnieniem czynności związanych i z tego wynikających, z prawem składania samodzielnie podpisu, w trybie rozłącznym, oraz z ograniczeniem wartości – w odniesieniu do pojedynczego przetargu, licytacji czy czynności – do kwoty 10.000.000,00 (dziesięć milionów) Euro;*

*X. udzielanie upoważnień i pełnomocnictw osobom trzecim, również nie będącym pracownikami spółki, w celu dokonania jednej lub kilku czynności opisanych w poprzednich punktach.*

W ocenie Izby do wniesienia odwołania i reprezentowania przed Izbą, a także udzielania w tym zakresie dalszych pełnomocnictw, wystarczające są uprawnienia, którymi dysponuje F..... P..... jako pełnomocnik oraz dyrektor generalny. Wbrew twierdzeniom Przystępującego z przywołanych powyżej pkt 1 i 3 wynika szerokie umocowanie do reprezentowania zarówno przed organami sprawującymi wymiar sprawiedliwości, jak i przed organami podatkowymi, niezależnie od ich szczebla i rodzaju. Zupełnie niezrozumiałe i niezasadne jest domaganie się aby we włoskim rejestrze wpisane było umocowanie do reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą działającą w Polsce. Natomiast rodzajowe pełnomocnictwo zostało udzielone przez ujawnioną w tym rejestrze osobę pełnomocnikowi, który podpisał odwołanie. Ponadto należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu prawa unijnego (art. 267 TFUE), co zostało

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

potwierdzone zarówno przez Komisję Europejską, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a status ten jest niesprzeczne z używanym przez Przystępującego określeniem *organ orzekający inny niż sąd* (w rozumieniu przepisów krajowych). Natomiast wywiedzione przez Przystępującego z lit. T ograniczenie kwotowe, nie tylko podmiotowo nie dotyczy uprawnień pełnomocnika, ale również przedmiotowo w ogóle nie dotyczy kwestii wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu odwoławczym, które – jak sam zauważył Przystępujący – nie jest fazą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na wystarczający zakres uprawnień F..... P..... jako pełnomocnika oraz dyrektora generalnego, nie mają żadnego znaczenia nieudowodnione twierdzenia podnoszone na rozprawie, że uprawnienia tej osoby jako członka zarządu i prokurenta (w rozumieniu prawa włoskiego) wygasły z uwagi na określenie czasu pełnienia tych funkcji: *do zatwierdzenia bilansu na dzień 31.12.2011.*

Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego INSO o odrzucenie odwołania Warbud na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na brak interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 pzp. Warbud jako wykonawca, którego oferta została wybrana z pewnością nie jest podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu przesłanki z art. 189 ust. 1 pkt 2 pzp, która nie dotyczy kwestii braku legitymacji do wniesienia odwołania w myśl art. 179 ust. 1 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek sprawie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje stanowiska (nie licząc cofnięcia przez Odwołujących pojedynczych zarzutów), a Przystępujący poparli stanowisko Zamawiającego, składając również pisma, w których ustosunkowali się do zarzutów odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania i innych pismach składanych w toku postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów: s.i.w.z. wraz z pytaniami i udzielonymi wyjaśnieniami, złożonych ofert i protokołu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę dowody załączone



do odwołań i pism składanych w toku postępowania odwoławczego, a także przedstawionych na rozprawie – dokonując oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby zarówno Odwołujący INSO, jak odwołujący Porr wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają ich możliwości uzyskania zamówienia.

#### Brak po stronie Odwołującego Warbud legitymacji do wniesienia odwołania

Natomiast Izba odmówiła takiej legitymacji Odwołującemu Warbud, który w następujący sposób uzasadnił w odwołaniu spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 pzp.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Choć jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, to zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Porr, INSO i Konsorcjum Budimex może mieć wpływ na zawarcie przez Zamawiającego umowy z Odwołującym, gdyż jest wysoce prawdopodobne, że co najmniej jeden z tych wykonawców będzie kwestionował wybór oferty najkorzystniejszej *a Odwołujący przystępując do takiego odwołania nie będzie mógł kwestionować interesu w uzyskaniu zamówienia podnosząc niezgodność treści oferty z treścią SIWZ konkurencyjnego wykonawcy*. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, to *podważanie interesu wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu w kwestionowaniu oferty Warbudu* może odbyć się jedynie przez wniesienie samodzielnego odwołania. Zdaniem Odwołującego w przypadku gdy Izba rozpatruje odwołania łącznie przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania z art. 179 pzp powinny być badane w kontekście istniejącego stanu faktycznego (na dzień orzekania), w tym sytuacji procesowej. Natomiast szkoda w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, według Odwołującego, może polegać także na tym, że Zamawiający nie odrzucając oferty konkurencyjnej (a mając do tego podstawy) dopuścił do sytuacji, w której wybrana oferta jest przez tego wykonawcę kwestionowana. Odwołujący podsumował: *nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku gdy odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złoży co najmniej jeden z pozostałych wykonawców, kwestionując ofertę Warbudu, to wówczas Warbud posiadać będzie interes w kwestionowaniu ofert pozostałych wykonawców*.

W ocenie Odwołującego odmienna interpretacja przesłanek z art. 179 ust. 1 pzp *de facto* pozbawiałaby go prawa dostępu do efektywnych środków ochrony prawnej. Nie może być takiej sytuacji, w której uwzględnienie odwołania wobec jednej z ofert, prowadziłoby do wyboru oferty niespełniającej wymagań SIWZ, której już nikt z wykonawców nie może zakwestionować. *Wybór oferty niespełniającej wymagań SIWZ nie może stać wyżej niż ryzyko związane z koniecznością unieważnienia postępowania.*

Odwołujący stwierdził, że za dopuszczalnością wnoszenia odwołania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przemawia Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zacytował następujące fragmenty orzeczenia Izby z 20 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1237/11): *Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty (...). Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: „fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi <<interes w uzyskaniu danego zamówienia >> interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy. (...) Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia*

*odwołania. (...) Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.*

Izba zważyła, że wbrew intencji Odwołującego, większa część powyższej argumentacji prowadzi do wniosku, że Warbud nie ma interesu we wniesieniu odwołania od objętych zarzutami czynności lub zaniechań Zamawiającego, gdyż nie wpływają one w żaden sposób na możliwość uzyskania przez Warbud przedmiotowego zamówienia. W chwili wnoszenia odwołania interes Warbudu w uzyskaniu zamówienia był zaspokojony, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, przy czym istotne jest, że jednocześnie była to oferta z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert. Niewątpliwie z uwagi na możliwość odwołania się przez wykonawców sklasyfikowanych na dalszych miejscach od tej czynności Zamawiającego, wybór ten nie ma charakteru ostatecznego. W tej sytuacji nie można odmówić Warbudowi prawa ochrony swojego interesu w utrzymaniu w mocy decyzji Zamawiającego za pomocą przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej, które nie ograniczają się na tym etapie do odwołania lecz również przewidują instytucję zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby odwołanie i przystąpienie są odrębnymi środkami ochrony prawnej, z których skorzystanie uwarunkowane jest odrębnymi przesłankami (odwołanie: interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda; przystąpienie: interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje), a zatem w zależności od konkretnej sytuacji i konfiguracji występującej w postępowaniu wykonawca może skorzystać z obu tych środków albo tylko z jednego z nich. Warbud skorzystał z możliwości zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego (a zatem przeciwko Odwołującym INSO i Porr), prawidłowo powołując się na posiadania interesu w oddaleniu odwołań kwestionujących wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby możliwość zgłoszenia tych przystąpień w pełni zagwarantowała Warbudowi ochronę jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Nawet w razie zmiany stanowiska Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, tzn. uznania w całości zarzutów odwołania, Warbud dzięki zgłoszeniu sprzeciwu nadal mógłby skutecznie bronić się przed zarzutami odwołań niżej sklasyfikowanych wykonawców. Możliwość wykazania niezasadności tych zarzutów w drodze skorzystania z przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest zatem w pełni wystarczająca dla ostatecznego uzyskania przez Warbud przedmiotowego zamówienia. Przystąpienie do postępowania odwoławczego stanowi zatem w tej sytuacji efektywny środkiem ochrony prawnej, którego domaga się Warbud. Natomiast z punktu widzenia ochrony jego interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp obojętne jest wykazywanie, że oferty INSO

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

i Porr powinny zostać odrzucone. Zdaje się to dostrzegać sam Odwołujący, gdyż w końcowej części swojej argumentacji *de facto* domaga się przyznania mu legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na ryzyko unieważnienia postępowania w razie wyboru innej oferty. Tymczasem mogłoby to nastąpić wyłącznie w razie gdyby okazało się, że wybór oferty Warbudu był nieprawidłowy, gdyż oferta ta podlega odrzuceniu. Legitymacja, o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp nie przysługuje wykonawcy, który sam nie mogąc już uzyskać zamówienia, zmierza wyłącznie do wykazania, że inni wykonawcy również nie powinni tego zamówienia uzyskać, to znaczy *de facto* zmierzającego do unieważnienia postępowania. Interes wnoszącego odwołanie nie może sprowadzać się do uniemożliwienia uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę. Z uwagi na te okoliczności nie sposób również stwierdzić, że Warbud może ponieść szkodę z uwagi na objęte zarzutami odwołania czynności i zaniecania Zamawiającego. Szkada, o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp, nie może również sprowadzać się do tego, że inni wykonawcy uzyskają zamówienie, choć powinno ono być unieważnione.

Izba stwierdziła, że powyżej przytoczony za odwołaniem cytaty z uzasadnia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1237/11 został wybiórczo dobrany (zwrócili na to uwagę Przystępujący Porr i Przystępujący INSO). Zacytowane rozważania Izby dotyczyły możliwości skutecznego podnoszenia przez wybranego wykonawcę zarzutów względem ofert, które gdyby nie zostały odrzucone to według kryteriów oceny ofert mogłyby zostać uznane za korzystniejsze. Nie ma wątpliwości, że w takiej sytuacji wykonawca ma interes w podniesieniu zarzutów dotyczących wszelkich wad konkurencyjnych ofert, które nie zostały dostrzeżone przez Zamawiającego. Może to uczynić wyłącznie przez wniesienie własnego odwołania, gdyż jako przystępujący może tylko bronić zasadności wad stwierdzonych przez Zamawiającego i bronić zasadności wyboru swojej oferty.

Ustalenie przez Izbę braku legitymacji Odwołującego Warbud do wniesienia odwołania przesądza o losach tego odwołania, które podlega oddaleniu bez badania zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów. Przesłanki z art. 179 ust. 1 pzp mają bowiem charakter materialnoprawnych przesłanek warunkujących zasadność wniesionego środka ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że żadne z dwóch pozostałych odwołań nie może zostać uwzględnione.

I. Zarzuty dotyczące niezgodności oferowanego sprzętu medycznego z wymaganiami s.i.w.z.

A. Zarzuty odwołania INSO dotyczące sprzętu medycznego z oferty Porr

Znalazły potwierdzenie niektóre spośród podniesionych przez Odwołującego INSO niezgodności oferty Przystępującego Porr w zakresie sprzętu medycznego z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 2 do s.i.w.z. W ocenie Izby *Medyczna jednostka zasilająca podsufitowa* model JK-MED/01 ITS (producent: Just Metalik) – nie spełnia wymagań opisanych w pkt 31 i 43 tabeli 6. dla mostów intensywnej terapii.

Oba te punkty zawierają nie tylko opis wymaganego rozwiązania w zakresie schowków, lecz także precyzują żądanie potwierdzenia jego spełniania za pomocą zdjęcia z oryginalnego katalogu producenta przedstawiającego zaoferowane rozwiązanie. W ofercie Porr zadeklarowano spełnianie opisanych tam wymagań, co nie znajduje pokrycia na załączonych zdjęciach stanowiących element treści oferty w zakresie prezentacji i potwierdzenia parametrów oferowanego sprzętu. O ile zatem w na stronie 166 oferty Porr oświadczył, po pierwsze: *Tak, głowica wyposażona w schowki na nadmiar rur i kabli umożliwiająca ukrycie wewnątrz głowicy zasilającej nadmiar rur gazów medycznych oraz kabli i przewodów teletechnicznych*, jaki i po drugie: *Tak, schowki na nadmiar kabli (2 szt.) mocowane pod półką* – o tyle zdjęcia na stronach 384 i 385 (na drugiej stronie znajduje się powiększenie zdjęcia opatrzonego na poprzedniej stronie opisem) oferty wskazują, że w rzeczywistości jest inaczej. Izba zważyła, że w tym przypadku potwierdzenie jest powieleniem opisu wymagania Zamawiającego, bez odwołania się do jakiegoś odstępstwa, które miałyby wynikać z udzielanych przed składaniem ofert wyjaśnień treści s.i.w.z. Z kolei na zdjęciach widać pojedynczy otwór w kolumnie, choć opisano je w następujący sposób: *Pod półkami jednostek zasilania medycznego umieszczone są wejścia na nadmiernej długości kable elektryczne urządzeń pozostawionych na półce lub mocowanych do szyn oraz drążków sprzętowych*. Zatem choć zdjęcie zdaje się dotyczyć wymagania z pkt 31 to dołączony opis dotyczy wymagania z pkt 43 – w rezultacie nie potwierdzając jednoznacznie żadnego z nich z osobna, a z całą pewnością nie potwierdzając obydwu naraz. Z jednej strony zaprezentowany schowek (zarówno według zdjęcia i jak i opisu) nie zapewnia – jak słusznie zarzucono w odwołaniu – ukrycia wewnątrz głowicy zasilającej nadmiaru rur gazów medycznych (co najwyżej zapewnia zagospodarowanie kabli i przewodów teletechnicznych), co było przedmiotem wymagania z pkt 31. Z drugiej strony – wbrew opisowi – na zdjęciach nie widać dwóch schowków zamocowanych pod półką na sprzęt medyczny lecz jeden otwór znajdujący się w głowicy.

W ocenie Izby nie sposób usunąć w drodze wyjaśnień tych wewnętrznych sprzeczności oferty, gdyż materiał zdjęciowy prezentujący oferowane rozwiązanie – a zatem treść oferty – wskazuje wprost na jego niezgodność z wymaganiami opisu przedmiotu

zamówienia. Przystępujący Porr nie udowodnił, ani nawet nie podnosił, że zdjęcia nie dotyczą oferowanego rozwiązania i zostały załączone przez pomyłkę. Wręcz przeciwnie – w złożonym na posiedzeniu piśmie podtrzymał, że *zaoferował głowicę wyposażoną w schowki na nadmiar rur i kabli umożliwiające ukrycie wewnątrz głowicy zasilającej nadmiaru rur gazów medycznych oraz kabli i przewodów teletechnicznych, załączając do oferty zdjęcie z oryginalnego katalogu producenta przedstawiające zaoferowane rozwiązanie (strona 385 oferty), co pozostaje całkowicie zgodne z SIWZ oraz udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią.* Jednocześnie z tego samego zdjęcia na stronie 385 oferty ma wynikać, że Porr zaoferował również schowki na kable pod półkami. Wytlumaczeniem owego paradoksu ma być udzielona przez Zamawiającego pozytywna odpowiedź na pytanie 264: *czy Zamawiający dopuści doprowadzenie gazów medycznych do gniazd poboru w belce mostu wewnętrznymi kanałami bez zewnętrznych rur elastycznych? Takie rozwiązanie zapewnia niezawodność działania poprzez wyeliminowanie zjawiska zmęczenia przewodów gazowych przeginanych w trakcie przemieszczania głowicy, co w efekcie prowadzi do utraty szczelności. Nie dotyczy to wbudowanych w głowicę gniazd elektrycznych, informatycznych, ekwipotencjalnych.* Takie stanowisko Przystępującego jest wewnętrznie sprzeczne – z jednej strony po raz kolejny potwierdza, że zaoferował głowicę wyposażoną w schowek na nadmiar rur gazów medycznych i przewodów elektrycznych, a jednocześnie temu zaprzecza – twierdząc, że nie zaoferował takiego rozwiązania bo nie musiał. Przystępujący pominął także, że pytanie 264 dotyczyło innego wymagania, opisanego w pkt 17 w następujący sposób: *Doprowadzenie mediów (gazy medyczne, energia elektryczna, itp.) z belki do głowicy zasilającej wewnętrznymi kanałami systemu nośnego kolumn (bez zewnętrznych rur elastycznych).* Z przyzwalającej odpowiedzi Zamawiającego, *de facto* pozwalającej na niedoprowadzenie gazów medycznych do głowicy, nie wynika jednak w żaden sposób rezygnacja z wymagania posiadania przez głowicę schowków na nadmiar rur gazów medycznych. Wobec tego, że gazy te i tak trzeba doprowadzić do urządzenia umieszczonego na półce zamocowanej do głowicy, nie można również stwierdzić, że w takim przypadku obiektywnie nie może wystąpić potrzeba zagospodarowania nadmiaru takich rur, tak jak nadmiaru przewodów elektrycznych tych urządzeń. Powołanie się na powyższą odpowiedź dopiero po wniesieniu odwołania jest tym bardziej nieprzekonujące, że w każdym innym przypadku w treści oferty Przystępujący Porr opisywał odbiegające od pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia rozwiązanie wraz z adnotacją, że czyni to na mocy odpowiedzi Zamawiającego dopuszczającej taką zmianę. Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do innych zarzutów, Przystępujący na potwierdzenie spełniania wymagań opisanych w pkt 31 i 43 tabeli 6. załącznika nr 2 do s.i.w.z., nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów (złożony na rozprawie dokument producenta

oferowanego mostu dotyczy potwierdzenia parametrów udźwigu). Izba oceniła stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie jako powierzchowne odniesienie się do zarzutów odwołania, w szczególności nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził spełnienie wymagania z pkt 31, skoro zdjęcia w tym zakresie nic nie przedstawiają, a nic w ofercie nie wskazywało na to, że zadeklarowanie w tabeli spełnienia tego wymagania należy interpretować jako dopuszczalny brak spełnienia.

Izba zważyła, że stwierdzona niezgodność oferty Porr z treścią s.i.w.z. nie jest wynikiem omyłki, a ponadto usunięcie tej sprzeczności wymagałoby zmiany treści oferty w zakresie mostów intensywnej terapii, co jest niedopuszczalne z mocy art. 87 ust. 1 pzp. Nie można zatem w tym przypadku rozważać zastosowania art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, zwłaszcza, że aktualnie Przystępujący twierdzi, że nie musiał spełniać wymagania opisanego w pkt 31 tabeli 6. załącznika nr 2 do s.i.w.z. Tym samym potwierdza, że skonkretyzowany w ofercie sprzęt JK-MED/01 ITS nie spełnia tego wymagania. Nawet gdyby nie było takiego stanowiska i można było uznać, że treść wpisana w pkt 31 i 43 odpowiada rzeczywistej woli Przystępującego, niedopuszczalne byłoby wezwanie go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań potwierdzonych w tych punktach. Zastosowanie tego przepisu również musi uwzględniać nadrzędny zakaz zmiany treści oferty wynikający z art. 87 ust. 1 pzp. W sytuacji gdy dokumenty te nie tylko nie potwierdzają spełnienia tych wymagań lecz wprost wskazują na ich niespełnienie przez konkretnie zaoferowany sprzęt – zmiana tych dokumentów *de facto* również prowadziłoby do zmiany treści oferty. Izba podziela zatem wyrażony w piśmiennictwie pogląd o konieczności uwzględnienia korelacji pomiędzy prawem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, a zakazem dokonywania przez niego zmiany treści złożonej oferty, wynikającym z art. 87 ust. 1 pzp: *...przepisy o dokumentach dotyczących jakości przedmiotu zamówienia – art. 25 ust. 1, procedura ich uzupełnienia – art. 26 ust. 3 oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie mogą być rozumiane i właściwie stosowane w oderwaniu od oferty. Ich składanie i możliwość uzupełnienia została co prawda uregulowana szczegółowo w art. 26 ust. 3, ale nie może prowadzić do naruszania norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie. Możliwe jest więc uzupełnianie dokumentów i oświadczeń, które potwierdzają np. jakość materiałów zaoferowanych, ale nie jest już możliwa zamiana tych materiałów. Dokumenty te nie służą bowiem opisaniu oferowanego produktu, lecz wyłącznie potwierdzeniu cech jakościowych produktu opisanego w ofercie.* [cyt. za Janusz Dolecki, *Dokumenty wskazane przepisami art. 25 ust. 1 pkt 2*, w: *Zamówienia Publiczne – Doradca*, Nr 9/2010]. W konsekwencji należy uznać, że w zakresie niespełnienia parametrów opisanych w pkt 31 i 43 tabeli 6. załącznika nr 2 treść oferty Porr jest niezgodna

z treścią s.i.w.z. definitywnie, gdyż nie można tej niezgodności skorygować za pomocą instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp i art. 26 ust. 3 pzp.

Nie znalazły natomiast potwierdzenia wszystkie pozostałe potrzymane przez Odwołującego INSO zarzuty dotyczące niezgodności oferowanego przez Porr sprzętu medycznego z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (Odwołujący po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego cofnął na rozprawie zarzut dotyczący niespełnienia wymagania opisanego w pkt 20 tabeli 6 Załącznika nr 2 do s.i.w.z. w zakresie mechanizmu blokowania ruchu głowicy zasilającej mostu intensywnej terapii). Przede wszystkim większość z tych zarzutów polega na podnoszeniu do rangi niezgodności okoliczności braku wyszczególnienia w prospektach wartości parametrów dla zaoferowanej konfiguracji sprzętu. Zamiast tego wartości te podane są w przedziałach od minimum do maksimum, przy czym jaka wartość jest właściwa zależy właśnie od konkretnej konfiguracji. W istocie Odwołujący nie zarzuca, że zaoferowany sprzęt nie ma właściwości, o których istnieniu zapewnił w odpowiedniej rubryce tabeli Przystępujący – lecz zarzuca brak ich dostatecznego potwierdzenia w instrukcji obsługi lub w oryginalnym prospekcie (katalogu). Zdaniem Odwołującego nie potwierdzono w wymagany sposób: w pkt 29 tabeli 1. – zadeklarowanych przy wynoszącej 1995 mm długości wysięgnika 175 kg udźwigu *Kolumny anestezyjologicznej TruPort 7000*; w pkt 35 tabeli 2. – wskazanych dla 1600 mm długości wysięgnika 90 kg udźwigu *Kolumny chirurgicznej TruPort 7500*; w pkt 32 tabeli 3. – podanego dla oferowanej długości wysięgnika 1865 mm udźwigu *Kolumny laparoskopowej TruPort 7500* wynoszącego 140 kg; w tabeli 6. dla mostu intensywnej terapii JK-MED/01 ITS, w pkt 33 – wartości udźwigu kolumny aparaturowej wózka deklarowanej na 100 kg, a w pkt 45 – określonej na 55 kg wartości udźwigu wózka z rurą nośną po stronie infuzyjnej. W zakresie tych szczegółowych zarzutów Izba zważyła, co następuje. Z jednej strony – Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że *w żadnym postanowieniu SIWZ nie zawarto wymogu przedłożenia katalogu producenta dokładnie określającego wszelkie parametry i możliwe rozwiązania, jakie charakteryzują dane urządzenia, traktując niniejszy dokument jako poglądowy oraz dodatkowe źródło informacji na temat oferowanego urządzenia*. Wskazane powyżej punkty poświęcone były wyłącznie wymaganemu sposobowi potwierdzenia spełnienia parametrów sprecyzowanych przez wykonawcę w punkcie poprzedzającym. Natomiast z pkt 8 rozdziału VI s.i.w.z. wynika, że Zamawiający zażądał na potwierdzenie zgodności oferowanego sprzętu medycznego i technicznego z wymaganiami dokumentów, które m.in. opisane zostały w przywołanych powyżej punktach tabel. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi w odpowiedzi na pytanie 20 Zamawiający rozszerzył listę dokumentów, za których pomocą można potwierdzić spełnianie



Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

wymagań przedmiotowych o kartę techniczną producenta opisującą dany sprzęt. Z drugiej strony – w ocenie Izby nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której obiektywna niemożność potwierdzenia w wymagany sposób rzeczywiście istniejącego i zgodnego z wymaganiami Zamawiającego parametru, miałyby być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. Zamawiający precyzując żądane dokumenty jako instrukcję obsługi lub oryginalny prospekt (katalog) powszechnie dostępny na stronie internetowej producenta, nie uwzględnił możliwości, że dokumenty te mogą zawierać informacje zbiorcze, prezentowane dla całej rodziny urządzeń. Przystępujący Porr dla kolumn rodziny *TruPort* załączył zarówno katalog, jak i *Instrukcję obsługi TruPort 5000/7000 Systemy kolumn sufitowych* niemieckiego producenta Trumpf Medizin Systeme GmbH + Co. KG, a zatem obydwa rodzaje pierwotnie dopuszczonych dokumentów. Na ich podstawie można było stwierdzić, że parametry oferowanych konfiguracji mieszczą się z dużym zapasem we wskazanych przez producenta maksymalnych wartościach udźwigu do 340 kg dla *TruPort 7000* i do 180 kg dla *TruPort 7500*, a zatem uwzględniają dobraną na potrzeby Zamawiającego długość kombinacji ramion. Przede wszystkim Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowane konfiguracje kolumn w rzeczywistości nie mają deklarowanych wartości udźwigu, pomimo mieszczenia się w zakresach opisanych w tabeli katalogu. Natomiast Przystępujący przedstawił na rozprawie dowody w postaci oświadczenia dyrektora sprzedaży producenta potwierdzającego zadeklarowane w ofercie Przystępującego wartości obciążeń dla wszystkich trzech oferowanych konfiguracji kolumn. Oświadczenie to zostało dodatkowo poparte wydrukami dla każdej z trzech konfiguracji kolumn prezentującymi rzut boczny wraz z wymiarami i udźwigiem.

Nieprzewidziana przez Zamawiającego trudność w potwierdzeniu parametrów dla wymaganej konfiguracji kolumny dała o sobie znać w największym stopniu w przypadku wymagania opisanego w pkt 39 tabeli 2., w którym dla *Kolumny chirurgicznej* sformułowano zarówno wymóg posiadania schowków na nadmiar kabli (2 szt.), jak i żądanie aby zostało *załączone zdjęcie z oryginalnego, powszechnie dostępnego na stronie internetowej producenta katalogu przedstawiającego zaoferowane rozwiązanie*. W załączonym do oferty przez Porr katalogu pt. *TruPort: Dostosowujący się do Twoich potrzeb*, znalazło się (strona 276 oferty) zdjęcie fragmentu kolumny opatrzone następującym podpisem: *Możliwość umieszczenia nadmiaru kabli w schowkach na ścianach głowicy (zdjęcie poniżej). Schowek zamykany po umieszczeniu kabli*. Odwołujący zarzucił, że tłumaczenie katalogu zostało zmanipulowane, gdyż takie zdjęcie jak i podpis nie znajdują odzwierciedlenia w oryginalnym katalogu (którego wydruk załączył do odwołania), a na zdjęciu nie widać żadnych schowków. Stanowisko z odpowiedzi na odwołanie niczego nie wnosi – Zamawiający uznał, że wszystko

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

jest w porządku. Przystępujący odpowiedział natomiast w piśmie złożonym na rozprawie, że strona 276 przedstawia zdjęcie pochodzące z katalogu, które zostało jedynie powiększone celem drobiazgowego zobrazowania oferowanego rozwiązania, a nadto stwierdził, że: *zdjęcie natomiast znajdujące się w oryginalnym katalogu producenta, a i również załączone przez INSO jako załącznik do odwołania, znajduje się na stronie 271 oferty Porr, na którym to zdjęciu ewidentnie uwidocznione są schowki na nadmiar kabli (2 sztuki)*. Zaczynając od ostatniej kwestii Izba stwierdziła, że pomimo stanowczych oświadczeń Przystępującego Porr, na żadnym ze wspomnianych zdjęć nie widać jakiegokolwiek schowka, nawet zamkniętego. Jednocześnie prawdą jest, że zdjęcie ze strony 276 oferty przedstawia powiększone zdjęcie ze strony tytułowej katalogu (strona 267 oferty). Zdjęcie ze strony 271 ukazujące całą kolumnę wiszącą na dwuczęściowym ramieniu nic nie wnosi do sprawy, zwłaszcza, że jest mniej wyraźne i nie dotyczy prezentacji schowków. Na powiększonym zdjęciu ze strony 276 widać natomiast wbudowany moduł oświetlenia (co wynika z opisu dla pkt 11 rysunku 8 ze strony 26 instrukcji), pod nim moduł z dwoma gniazdami zasilania urządzeń zewnętrznych (co wynika z opisu dla pkt 2 rysunku 9 ze strony 27 instrukcji), pod którym z kolei widać dwa gładkie panele kolumny, w które nie zostały włożone jakiegokolwiek moduły, w szczególności moduły opcjonalnych akcesoriów w postaci zamykanych schowków na przewody. Wynika to również z przedłożonego na rozprawie wyciągu z *Listy materiałowej 2012 TruPort 5000 TruPort 7000*, gdzie na stronie 31 zaprezentowano rysunki schowków, na których widać, że zamknięta klapka schowków nie będzie sięgała brzegów modułu, tymczasem panele na zdjęciach są idealnie gładkie od jednej krawędzi pokrywy szyn FPC do drugiej. Dodatkowo potwierdza to zdjęcie na stronie tytułowej listy materiałowej, na której pokazano również wyjęty panel. Tym niemniej dowód ten potwierdza, że nawet jeżeli opis zamieszczony dodatkowo w katalogu załączonym do oferty nie odnosi się do poniżej zamieszczonego zdjęcia, to potwierdza istnienie właściwości oferowanej kolumny w zakresie posiadania schowka na kable. Tym samym brak podstaw do stwierdzenia, że zostało zaoferowane rozwiązanie niespełniające parametru opisanego w s.i.w.z.

Niewątpliwie mniej przejrzysty był sposób potwierdzenia przez Porr w ofercie parametrów dla udźwigu kolumny aparaturowej i wózka z rurą nośną po stronie infuzyjnej, gdyż w tabeli nr 2 *Skróconej instrukcji obsługi* producenta Just Metalik W..... P..... z Krakowa – występuje parametr opisany jako *udźwig ramienia/ wózka jezdnego*, dla którego wskazano zakres od 20 do 110 kg (w zależności od wariantu wykonania). Niezależnie jednak od zastrzeżeń podniesionych w odwołaniu, również w tym przypadku Odwołujący nie udowodnił, że w rzeczywistości zaoferowane parametry odbiegają od rzeczywistości występujących dla zaoferowanej *Medycznej jednostki zasilającej podsufitowej* model JK-

*MED/01 ITS*. Tymczasem Przystępujący złożył na rozprawie podpisaną przez producenta tabelę zawierającą wyszczególnione dla tego modelu *szczegółowe parametry dotyczące dopuszczalnego obciążenia mostów z wózkami jezdnyymi i podwieszonymi do wózków głowicami zasilającymi*, w której *udźwig netto głowicy kolumny mostowej w wykonaniu „standard” (dopuszczalne obciążenie 1 głowicy)* określono na 110 kg, a *udźwig netto wózka jezdnego (dopuszczalne obciążenie w wykonaniu „standard”)* określono na 180 kg.

Bezprzedmiotowy jest zarzut odwołania, że sprecyzowany na 1995 mm w pkt 4 tabeli 1. całkowity zasięg ramion kolumny anestezyjologicznej *TruPort 7000* nie został potwierdzony w załączonych dokumentach, gdyż dla tego parametru nie było to wymagane w s.i.w.z. Natomiast Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut, że analogiczny parametr określony przez Przystępującego na 1865 mm dla kolumny laparoskopowej w pkt 4 tabeli 3. jest niezgodny z wymaganiem Zamawiającego, aby wynosił on minimum 2000 mm. W ofercie Porr powołał się na zgodność z odpowiedziami na pytania z 28 września 2012 r. Wbrew stanowisku z odpowiedzi na odwołanie nie mogła to być jednak odpowiedź nr 178, gdyż choć Zamawiający dopuścił w niej ramiona o łącznej długości 2000 mm +/- 10%, to dotyczyła ona pytania o to, czy *Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie kolumn anestezyjologicznych o całkowitym zasięgu ramion wynoszącym 1200 mm*. Udzielona odpowiedź w żaden sposób nie ujawniła rzekomej intencji Zamawiającego rozciągnięcia 10% tolerancji na inne niż objęta pytaniem kolumna. Natomiast w ocenie Izby Przystępujący Porr zasadnie wskazał w toku postępowania odwoławczego na odpowiedź nr 229, której treść, choć formalnie pytanie dotyczyło pkt 5 tabeli 3., czyli wymagania aby długość obu ramion była jednakowa (pozostawała w stosunku 1:1), zmieniła także wymaganie z punktu poprzedzającego. Zamawiający dopuścił również *kolumnę opisaną w pytaniu*, które brzmiało: *Czy Zamawiający dopuści kolumnę laparoskopową posiadającą ramiona o stosunku długości różnym niż 1:1? Różnica długości ramion od łącznej wymaganej SIWZ jest nieznaczna (wynosi 135 mm), dzięki czemu parametr ten nie ogranicza w żaden sposób właściwości funkcjonalnych kolumny i w praktyce jest niezauważalny*. Niewątpliwie opisywana w pytaniu różnica 135 mm nie odnosi się do różnicy długości obu ramion, lecz do różnicy w stosunku do wymaganej łącznej długości obu ramion, a zatem wymagania z pkt 4 tabeli. W ocenie Izby w ten sposób Zamawiający, niezależnie od tego czy było to zgodne z jego intencją, obniżył również podaną w tym punkcie wartość minimalną z 2000 mm na 1635 mm.

#### B. Zarzut odwołania Porr dotyczący sprzętu medycznego z oferty Warbud

Dla pełnej jasności należy uzupełnić, że zarzut odwołania dotyczy niespełniania parametru monitora ściennego opisanego w pkt 162 tabeli 7 załącznika nr 2 do s.i.w.z. Odwołujący na potrzeby uzasadnienia zasadności tego zarzutu adekwatnie przytoczył opisany

przez Zamawiającego w pkt 4 rozdziału IX s.i.w.z. sposób wypełnienia formularza właściwości techniczno-użytkowych, niewątpliwie stanowiącego po wypełnieniu treść oferty. Nie sposób również odmówić słuszności przywołanych obszernie w odwołaniu wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Tyle tylko, że dotyczą one różnych szczegółowych zagadnień i nie przystają do zarzutu sprecyzowanego w odwołaniu w stosunku do oferty Warbud. Stan rzeczy został opisany w odwołaniu w tym zakresie również adekwatnie, jednak nie uzasadnia daleko idących wniosków wysnutych przez Odwołującego. Przed wszystkim w ogóle nie zaistniała sytuacja braku podania wymaganych na mocy s.i.w.z. informacji. Wewnętrzna sprzeczność oferty polegająca na potwierdzeniu spełnienia wymaganej wielkości parametru i jednoczesnym wpisaniu znaku „>” wskazującego na jego przekroczenie, uzasadniała co najwyżej powstanie wątpliwości, co do rzeczywistej treści oferty. Żadne z przywołanych postanowień pkt 4 rozdziału XI s.i.w.z., niezależnie od swojego stanowczego brzmienia, nie może uchylić stosowania obligatoryjnych instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 2 pzp, z uwzględnieniem wezwania do wyjaśnień treści oferty wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp.

Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że potraktował jako zwykłą omyłkę pisarską odwrócony kierunek znaku „>” Jednocześnie na rozprawie Zamawiający przyznał, że nie znalazło to żadnego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, w szczególności nie zawiadomił Przystępującego Warbud o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w treści jego oferty. Zaniechanie to nie było jednak przedmiotem zarzutu odwołującego Porr, który domagał się definitywnego odrzucenia oferty Warbud. Zarzut ten jest oczywiście niezasadny, w przywołanych okolicznościach można było przyjąć, że przy sporządzaniu oferty popełniono oczywistą omyłkę pisarską polegającą na niezamierzonym odwróceniu znaku w opisie, który miał potwierdzić, że oferowany monitor zużywa mniej niż 300 VA. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozwiewa złożone przez Przystępującego Warbud na rozprawie oświadczenie z 8 listopada 2012 r. Prezesa Zarządu Maquet Polska sp. z o.o., przedstawiciela producenta systemu Tegriss, którego elementem jest monitor ścienny o przekątnej 42”, potwierdzające, że monitor ten charakteryzuje się zużyciem energii poniżej 280 VA. Przystępujący w żaden sposób nie kwestionował wiarygodności tego dowodu.

## II. Zarzuty odwołania INSO dotyczące kosztorysów w ofercie Porr i ofercie Warbud

Odwołujący zrzucił Zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zarówno oferty Warbud jak i oferty Porr, pomimo występowania wyspecyfikowanych w odwołaniu (częściowo pokrywających się w przypadku obu ofert) niezgodności kosztorysów z treścią s.i.w.z. polegających przede wszystkim na nieuwzględnieniu zmian wynikłych z odpowiedzi na pytania wykonawców, jak również

dokonaniu  *pewnych niedopuszczalnych modyfikacji* (sformułowanie to obejmuje różne stany faktyczne). Według odwołania te same okoliczności faktyczne miałyby być jednocześnie podstawą do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania INSO o niezgodności kosztorysów Warbud z treścią s.i.w.z. W przypadku kosztorysów Porr niektóre z zarzutów częściowo znalazły potwierdzenie, tzn. stwierdzono występowanie rozbieżności, jednakże nie można z góry wykluczyć, że nie mogłyby one zostać usunięte w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zamawiający odnosząc się do szczegółowych zarzutów Odwołującego INSO w odpowiedzi na odwołanie zawarł ogólnikowe, lakoniczne i enigmatyczne stwierdzenie, że  *przedstawiony przez każdego z oferentów kosztorys na wykonanie prac został potraktowany jako całość zadania uwzględniająca dodatkowe elementy*. Niezależnie od tego Zamawiający w sposób oczywiście błędny wywiódł, że  *w kosztorysie uproszczonym mogą nie występować wszystkie pozycje prac do wykonania*. Izba wzięła natomiast pod uwagę przy rozstrzyganiu zasadności zarzutów szczegółowe stanowiska Przystępujących wyrażone przez nich pisemnie lub ustnie w toku rozprawy.

Izba ustaliła, że w rozdziale XIII s.i.w.z. dotyczącym opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający pierwotnie zobowiązał wykonawców do sporządzenia kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej na podstawie przedmiarów robót oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót dołączonych do s.i.w.z. (stanowiących załącznik nr 3 występujący tylko w formie dokumentacji elektronicznej). Jednakże pismem z 2 października 2012 r. Zamawiający odstąpił od tego wymagania, dopuszczając przedstawienie w ofercie kosztorysów uproszczonych (uwzględniających niezbędne materiały, sprzęt i wszystkie narzuty). Wymóg sporządzenia kosztorysu szczegółowego ograniczono do wykonawcy, z którym zostanie już podpisana umowa. W rozdziale XIII s.i.w.z. przewidziano także, że niezgodności pomiędzy przedmiarami a dokumentacją projektową (tzw. innymi składnikami dokumentacji) należy niezwłocznie zgłaszać Zamawiającemu. Jednocześnie zastrzeżono, że  *Wykonawca nie może samodzielnie umieszczać w kosztorysie ofertowym robót, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarach, zwiększać lub zmniejszać ilości robót w stosunku do przedstawionych w przedmiarach ani wprowadzać pozycji równoważnych lub zamiennych pod rygorem odrzucenia oferty*. Wreszcie dopuszczono zaoferowanie przez wykonawcę zerowej wartości niektórych robót, przyjmując wówczas, że  *roboty te zostaną przez wykonawcę faktycznie wykonane, a ich wartość została ujęta w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, oraz że roboty te nie będą mogły być uwzględnione w kosztorysie powykonawczym*.

Na etapie przed składaniem ofert wykonawcy zgłosili liczne wątpliwości związane

dokumentacją projektową i przedmiarami, w tym zgłaszali, tak jak chciał Zamawiający, rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami – w formie pytań o wyjaśnienie w tym zakresie przez Zamawiającego treści s.i.w.z. Odwołujący INSO zarzucił, że Przystępujący Porr i Warbud w swoich kosztorysach nie uwzględnili odpowiedzi Zamawiającego na pytania wskazane w odwołaniu. Odwołujący na rozprawie doprecyzował swoje generalne stanowisko (nakreślone w odwołaniu przy zarzutach związanych z Warbudem) w takim kierunku, że na skutek udzielonych odpowiedzi w każdym przypadku należało dopisać do kosztorysu ofertowego dodatkową pozycję. W ocenie Izby taka generalizacja jest nieuprawniona i błędna. Po pierwsze – w odwołaniu pojawia się rozróżnienie nieuwzględnienia *elementów* od nieuwzględnienia *pozycji*, choć nie jest stosowane konsekwentnie. Również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zdaje się utożsamiać i stosować wymiennie oba terminy. Izba uznała jednak za celowe uporządkowanie terminologii na potrzeby rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, tak aby było wiadomo o czym mowa. Pozycja to cały wiersz w przedmiarze lub kosztorysie, który składa się z następujących elementów: liczby porządkowej, wskazania podstawy, opisu (element opisujący roboty do wykonania), jednostki obmiarowej i określenia ilości, a w przypadku kosztorysu – dodatkowo ceny jednostkowej i wartości. W ocenie Izby Zamawiający w s.i.w.z. zakazał dokonywania przez wykonawców samodzielnych zmian pozycji udostępnianego przedmiaru, w tym dopisywania zarówno całych pozycji, jak i dopisywania dodatkowych elementów w ramach istniejących pozycji. Dopuszczenie złożenia kosztorysów w formie uproszczonej nic w tym zakresie nie zmieniło, gdyż powyższy zakaz nie został uchylony. Biorąc pod uwagę, że przedmiary załączone do s.i.w.z. mają charakter uproszczony, zadaniem wykonawców było dokonanie ich wyceny, tyle że bez konieczności rozbicia poszczególnych pozycji na szczegółową wycenę nakładów rzeczowych, materiałów i robocizny. Zatem należy przyjąć, że wyłącznie na uszczegółowieniu tych elementów może polegać uszczegółowienie w kosztorysie szczegółowym po podpisaniu umowy pozycji z ofertowego kosztorysu uproszczonego.

Izba stwierdziła, że ten idealny model (pozycje ofertowego kosztorysu uproszczonego = wycenione pozycje przedmiaru załączonego do s.i.w.z.) został zakłócony odpowiedziami Zamawiającego, który – wbrew twierdzeniom odwołania – nie zawsze w sposób jednoznaczny wskazywał w jaki sposób należy postąpić w przypadku wątpliwości czy rozbieżności objętej pytaniem. Zamawiający nie udostępnił również ujednoliconej wersji przedmiarów uwzględniających wszystkie udzielone wyjaśnienia, pomimo wniosków wykonawców Warbud i Porr. Spowodowało to, że kosztorysy ofertowe wentylacji poszczególnych wykonawców zawierają różną liczbę pozycji (INSO – 913, Konsorcjum Budimex – 907, Warbud – 904, Porr – 892), nie są zatem ze sobą w pełni zgodne, co nie

przesądza jednak z góry o niezgodności któregośkolwiek z nich z s.i.w.z.

W odniesieniu do wyjaśnień związanych z zarzutami wspólnymi dla oferty Porr i Warbud, Izba ustaliła:

– W pytaniu 383 między innymi zwrócono uwagę na *Brak klap przeciwpożarowych na systemach wentylacyjnych 20KN oraz 20WK w miejscu przejścia przez przegrodę ogniową EI (w miejscu przecięcia osi 4 - I na rzucie piwnicy -11,60 cz. górna. Zamawiający odpowiedział: Odcinki kanałów od ściany wentylatorni do klap p.poż zamontowane w pionie w szachcie intslacyjnym, t.j. elementy 20KN-28 do 20KN31 oraz 20KW-43 do 20KW-46 zaizolować Płytą CONLIT PLUS 120ALU gr 60mmm.*

– Zadano pytanie 403: *Proszę o informacje czy w pomieszczeniu rezonansu przewiduje się wykonanie instalacji odprowadzającej odparowany z magnezu hel na zewnątrz budynku. Rura ta musi także odprowadzić dużą ilość helu po „quelchu”. Podczas Quelchu temperatura gazowego helu w rurze wynosi około 12 Kelvinów (-261 stopni Celsjusza). Czy technologia rezonansu nie przewiduje takiego zjawiska, czy wykonawca instalacji ma przewidzieć wykonanie takiego przewodu, jeżeli tak proszę o wskazanie miejsca gdzie można wyprowadzić taki przewód na zewnątrz. Zamawiający odpowiedział: Tak – trasa podana w projekcie technologii – wyprowadzenie przez budynek A1 nad dach szpitala.*

– Sformułowano pytanie 404: *Zgodnie z rzutami instalacji wentylacji poziom niskiego parteru, pracownia rezonansu pokazane na rzucie regulatory VAV, brak regulatorów w przedmiarze, podano jako CAV, regulatory VAV mają mniejsze wymiary niż w rzeczywistości układ kanałów wymaga korekty. Czy regulatory należy uwzględnić w ofercie. Zamawiający odpowiedział: Do wyceny przyjąć regulatory VAV. Konieczność zastosowania regulatorów i ich typ zostanie wyjaśniony w ramach nadzoru autorskiego.*

– Treść pytania 406: *Brak wentylacji w pomieszczenie NP./97a. Proszę o uzupełnienie dokumentacji. Zamawiający odpowiedział: Tak należy uzupełnić wentylację o wycią z pom. NP./97a – ilość powietrza  $L_w=30m^3/h$ . Zawór wywiewny Dn 80 podłączyć kanałem elastycznym do kanału 24KW-106-będzie uzupełnione w ramach nadzoru autorskiego.*

Izba zważyła, że w żadnej z przywołanych powyżej odpowiedzi Zamawiający nie nakazał dodania dodatkowej pozycji do przedmiaru. Większość odpowiedzi dotyczy wręcz wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentacji projektowej, przewidując nawet jej korektę w ramach nadzoru autorskiego, bez wskazania w jaki sposób należałoby to odzwierciedlić w przedmiarze. W przypadku zgłoszonej różnicy pomiędzy przedmiarem a rysunkami w zakresie typów regulatorów – Zamawiający wskazał jedynie, że za punkt odniesienia przy wycenie należy wziąć pod uwagę typ wynikający z dokumentacji projektowej. Z uwagi na brak jednoznacznych wskazań Zamawiającego, uwzględniając, że co do zasady zakazane

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

było wprowadzanie przez wykonawców samodzielnych zmian do przedmiarów, zarzuty odwołania należy uznać za nieuzasadnione.

Odmienne przedstawia się sytuacja z dwoma innymi odpowiedziami, których nieuwzględnienie Odwołujący zarzucił Przystępującemu Porr:

– Pytanie 356 zostało zacytowane adekwatnie w odwołaniu, a odpowiedź Zamawiającego brzmiała następująco: (...) *Centrala 41 NW i centrala 14 KN – „Poziom-11,30” - należy uzupełnić w kosztorysie.*

– Pytanie 357: *Zgodnie z rysunkami 1102-PW-S-WM-A2-R03 Rzut piwnicy poziom -7,30 część dolna oraz 1102-PW-S-WM-A2-R04 Rzut piwnicy poziom -7,30 część górna występują następujące urządzenia nie wyspecyfikowane w przedmiarze. Prosimy o uzupełnienie Nazwa urządzenia: Szafa klimatyzacyjna KNW44 ; Szafa klimatyzacyjna ; KNW45 Centrala wentylacyjna 38aN. Zamawiający odpowiedział: Centrala 38 aN jest to wentylator kanałowy InlineVent KW 250/4/50/30 firmy Helios z nagrzewnicą elektryczną EHR-K 8/50/25/30 i filtrem KLF50/25-30. Centrala 44 NW (a nie szafa klimatyzacyjna) obsługuje pomieszczenia szatni – jej karta jest na płycie (dostawca oznaczył ją 44 N). Centrala 45 NW (a nie szafa klimatyzacyjna) jest to centrala podwieszana obsługująca pomieszczenie wentylatorni typ AWK01521. Należy uzupełnić kosztorys ofertowy dodatkowymi pozycjami zawierającymi wyżej wymienione pozycje.*

W tym przypadku Zamawiający w odpowiedzi na zidentyfikowane przez pytającego rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiarami – jednoznacznie nakazał uzupełnić kosztorys dodatkowymi pozycjami zawierającymi wyszczególnione w treści odpowiedzi konkretne urządzenia. Nieuzasadnione jest zatem pisemne stanowisko Przystępującego Porr, że uwzględnienie tych urządzeń w kosztorysie mogło nastąpić w dowolny sposób, np. *poprzez dopisywanie / ilości / cen za brakujące elementy w pozycjach już istniejących*. Proponowany sposób postępowania mógłby być uznany ewentualnie za usprawiedliwiony, gdyby na pytanie 356 Zamawiający odpowiedział *należy uwzględnić w kosztorysie* (jak błędnie zacytował to Przystępujący). Natomiast nielogiczne, niespójne i zupełnie nieprzekonujące należy uznać wytlumaczenie, że *Zamawiający nie wskazał jednak w jaki sposób i w której pozycji wykonawca ma niniejsze centrale uzupełnić, nie nakazał wprowadzenie dodatkowej pozycji kosztorysowej z nazwy identyfikującej dodawane pozycje*, zaraz po tym jak Przystępujący Porr przyznaje, że Zamawiający nakazał wykonawcom uzupełnić kosztorys ofertowy dodatkowymi pozycjami zawierającymi wymienione urządzenia.

Stanowisko Przystępującego powiązało powyższe zarzuty odwołania z zarzutem odwołania dotyczącym nieuzasadnionych modyfikacji poz. 150, 324, 410, 471, 547 i 621 (opis pozycji: *Próba i uruchomienie instalacji wentylacji liczone wartościowo (patrz KNR217*



pkt 3.4 str 12); jednostka obmiarowa: cal), polegających na wpisaniu przez Porr w tych poz. liczby 1, choć w przedmiarze jako ilość wskazano tam liczbę 0. Otóż Przystępujący wyjaśnił, że właśnie w tych pozycjach dokonał wyceny urządzeń, o których mowa była w odpowiedzi na pytania 356 i 357, traktując te pozycje jako *zamykające kompletność instalacji wentylacji*. Wydaje się jednak, że wycena 5 sztuk urządzeń w 6 pozycjach na odpowiednio kwoty netto: 95860,00 zł (poz. 150), 37761,00 zł (poz. 324), 33663,00 zł (poz. 410), 14492,00 zł (poz. 471), 9311,87 zł (poz. 547) i 41692,00 zł (poz. 621) za cal (!) – nie mieści się nawet w zakresie sposobów postępowania sugerowanych powyżej przez samego Przystępującego.

Z uwagi na wystąpienie definitywnej niezgodności oferty Porr z treścią s.i.w.z. zakresie sprzętu medycznego, Izba odstąpiła od rozstrzygnięcia, czy powyższe działania Przystępującego można zakwalifikować jako inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Choć nie można z góry tego wykluczyć, zastosowanie tego mechanizmu korekty treści oświadczenia woli wymagałoby w tym przypadku skorzystania przez Zamawiającego z możliwości wezwania Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do szczegółowych wyjaśnień treści oferty, pozwalających na ustalenie, na jaką kwotę zostały wycenione poszczególne urządzenia.

Natomiast zarzuty odwołania INSO dotyczące nieuwzględnienia przez Warbud odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 346 i 347 okazały się bezprzedmiotowe. Przystępujący Warbud udowodnił, że zgodnie z jednobrzmiącymi odpowiedziami Zamawiającego (*Należy uzupełnić kosztorys ofertowy dodatkowymi pozycjami zawierającymi wyżej wymienione brakujące klapy p-poż*) – uzupełnił kosztorys o dodatkowe pozycje dotyczące (861, 862, 873 i 874 na 82 stronie oferty).

Niezasadne a częściowo bezprzedmiotowe są zarzuty występowania w ofercie Porr niedopuszczalnych zmian ilości we wskazanych w odwołaniu pozycjach przedmiarów dotyczących kosztorysu Wentylacja. Zarzuty podniesione odnośnie pozycji: 175, 193, 333, 652, 654, 664 (dotyczących central wentylacyjnych), 195, 197 i 662 (dotyczących szaf klimatyzacyjnych) są bezprzedmiotowe, gdyż w rzeczywistości w tych pozycjach wpisano, tak jak w przedmiarze – liczbę 1, a nie, jak błędnie wskazano w odwołaniu – liczbę 0. Większość z tych pozycji (z wyjątkiem poz. 193 i 333) została wyceniona na 0 zł, jednak odwołanie nie zawiera w tym zakresie zarzutów analogicznych do sformułowanych odnośnie kosztorysu Warbudu, które zostały rozstrzygnięte tak, jak to wskazano powyżej. Co więcej, Przystępujący Porr ponad zarzuty odwołania odniósł się do tej kwestii w swoim piśmie procesowym, wskazując jednak na istotną okoliczność dodatkowo podważającą zasadność wywodzenia jakichkolwiek skutków z wycenienia na 0 zł niektórych pozycji. Przystępujący Porr podał, a Odwołujący tego nie podważył, że w przypadku wielu pozycji w kosztorysie

wentylacji okazało się, że ta sama centrala wentylacyjna lub szafa klimatyzacyjna została niepotrzebnie zdublowana w dwóch pozycjach. Niezależnie od tego czy z odpowiedzi na pytanie 358 wynikała wprost generalna zasada eliminacji dublowania, czy też odpowiedź dotyczyła konkretnego przypadku – nie sposób uznać braku w kosztorysie ofertowym nadmiarowych w stosunku do dokumentacji projektowej pozycji za niezgodność z przedmiotem zamówienia. Tymczasem Przystępujący w złożonym na posiedzeniu piśmie wyjaśnił, że wycenił na 0 zł właśnie te pozycje, które zostały niepotrzebnie zdublowane w przedmiarze, dokonując wyceny opisanych w tych pozycjach urządzeń w następujących pozycjach: poz. 175 – centrala 1 cNcW – w poz. 650; poz. 652 – centrala 1aNW – w pozycji 177; poz. 654 – centrala 53 NW – w poz. 191; poz. 664 – centrala 14 NW – w poz. 163; poz. 195 – szafa KNW4 – w poz. 656; poz. 197 – szafa KNW5 – w pozycji 658; poz. 662 – szafa KNW52 – w poz. 233. Izba zbadła, że Przystępujący w istocie tak uczynił. Ponieważ Odwołujący INSO nie zaprzeczył twierdzeniom o dublowaniu się powyższych pozycji w stosunku do dokumentacji projektowej (z uwzględnieniem zmian wynikłych z wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielonych przez Zamawiającego) – zarzuty odwołania dotyczące tych pozycji należało uznać za niezasadne.

Bezpodstawne, a po części bezprzedmiotowe są również zarzuty odwołania INSO co do niedopuszczalnej zmiany przez Warbud norm zużycia robocizny, materiałów oraz sprzętu (tzw. R M S) w tzw. pkt 16 Wentylacja w następujących pozycjach: 152, 326, 412, 473, 549, 623, 646 (dotyczących owinięcia izolacji kanałów wentylacyjnych folią aluminiową), 163, 193, 333, 652, 654, 664 (dotyczących central wentylacyjnych), 197, 233, 656 i 662 (dotyczących szaf klimatyzacyjnych). Kosztorys w ofercie Warbud ma charakter uproszczony a zatem nie zawiera żadnych szczegółowych informacji odnośnie przyjętych nakładów robocizny, materiałów i sprzętu. Na rozprawie okazało się, że rzekoma *modyfikacja ilości robót przez zmianę nakładów robocizny, materiałów oraz pracy sprzętu* została wywiedziona wyłącznie z faktu wyceny wskazanych powyżej pozycji na 0 zł. Odwołujący INSO bezpodstawnie podciąga to pod zakaz modyfikacji przedmiarów opisany w rozdziale XII s.i.w.z., pomijając okoliczność, że Zamawiający w kolejnym zdaniu wprost dopuścił możliwość takiej wyceny, wskazując jednocześnie jak będzie to interpretował. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że wartość tych *wyzerowanych* pozycji nie została uwzględniona w innych pozycjach, zgodnie z założeniem przyjętym przez Zamawiającego w s.i.w.z. Natomiast Przystępujący Warbud na rozprawie wyjaśnił, że owinięcie izolacji kanałów wentylacyjnych folią aluminiową wycenił w pozycjach dotyczących izolacji wełną mineralną, z uwagi na powiązanie tych pozycji. Z kolei z wyjaśnień dotyczących pozostałych pozycji, w większości przypadków wycena na 0 zł wiąże się, tak jak w przypadku Porr

**Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12**

z eliminacją dwukrotnej wyceny tych samych urządzeń opisanych w dwóch pozycjach i uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego, tzn.: poz. 163 i 664 dotyczące centrali 14 NW zostały wyzerowane w związku z odpowiedziami na pytania odpowiednio 395 (...w projekcie jest tylko centrala 14KN) i 356 (...Centrala 41 NW i centrala 14 KN – „Poziom-11,30” – należy uzupełnić w kosztorysie) a została wprowadzona i wyceniona poz. 897, na podstawie tej drugiej odpowiedzi wyzerowana została poz. 193 a centrala 41 NW została wyceniona w dodanej pozycji 899; pozycja 333 dotycząca centrali 44 KN w związku z odpowiedzią na pytanie 357 (wskazano między innymi, że dostawca oznaczył ją 44N) została wyzerowana, a centrala ta została wyceniona w dodanej poz. 902; poz. 197 i 652 wyceniono odpowiednio w poz. 658 i 177 z uwagi na powtarzanie się w nich tych samych urządzeń. Nawet jeżeli nie wiadomo z jakiego powodu Warbud wycenił poz. 233 (szafa KNW52) i poz. 652 (centrala 1aNW) w poz. 215 (szafa KNW21), a poz. 656 (szafa KNW4) w poz. 256 (regulatory VAV), to na mocy postanowień s.i.w.z. nie było to zabronione.

Za niezasadny Izba uznała zarzut nieprawidłowego uwzględnienia odpowiedzi na pytanie 339. W pytaniu tym podniesiono, że: *Zgodnie z rysunkami 1102-PW-S-WM-A2-R01 Rzut piwnicy poziom -11,60 oraz 1102-PW-S-WM-A2-R02 Rzut piwnicy poziom -11,60 część górna ilość tłumików nie mających sprecyzowanego producenta wynosi 49 zaś zgodnie z przedmiarem wentylacji mechanicznej 28. Prosimy u uzupełnienie rozbieżności.* Zamawiający odpowiedział, że należy skorygować kosztorys zgodnie z projektem. Skoro Przystępujący Porr uzupełnił swój kosztorys w poz. 875 o brakującą liczbę tłumików, to należy uznać, że w ten sposób dał jednoznaczny wyraz uwzględnieniu w wycenie wszystkich tłumików, niezależnie od ich rozmiarów.

### III. Zarzuty odwołania INSO i odwołania Porr związane z rażąco niską ceną oferty Warbud

Odwołujący Porr zarzucił Zamawiającemu zarówno zaniechanie odrzucenia oferty Warbud z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp), jak i zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę (zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 pzp). Odwołujący INSO wprost zarzucił Zamawiającemu jedynie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, jednakże Izba wzięła pod uwagę, że w treści odwołania podniesiono okoliczność zaniechania przez Zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy cena zaoferowana przez Warbud nie jest rażąco niska. Korzystna dla obydwu Odwołujących interpretacja zarzutów zawartych w odwołaniu może prowadzić jedynie do uznania, że podniesione okoliczności faktyczne nakierowane są na wykazanie zaniechania wezwania do takich wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Natomiast w ocenie Izby zarzuty zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp – nie

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

podlegają rozpatrzeniu jako przedwczesne z uwagi na stan postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podziela utrwalone w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie przywołanego przepisu musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień przewidzianą w art. 90 pzp. Jednocześnie próby antycypowania przez Odwołujących negatywnego rezultatu takiego badania należy uznać za bezskuteczne, gdyż w przeciwnym razie nie miałyby ona żadnego merytorycznego znaczenia, stanowiąc wymaganie czysto formalne. Wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp wykonawca musi mieć rzeczywistą możliwość wykazania w sposób wynikający z przepisu art. 90 ust. 2 pzp, że zaoferowana cena jest w jego przypadku realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za niezasadne wywiedzione z odwołań INSO i Porr zarzuty zaniechania przez Zamawiającego zwrócenia się w trybie art. 90 ust. 1 pzp do Warbud o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący przyjęli założenie, że z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia (według ryczałtowych cen jednostkowych wynikających z kosztorysów ofertowych), wystarczające jest udowodnienie zaniżenia wybranych pozycji kosztorysowych. W ocenie Izby jest to założenie błędne dla rozstrzyganej sprawy, gdyż brak podstaw do przyjęcia, że ustalone na podstawie obmiarów wynagrodzenie będzie znacząco odbiegało od wycenionego przedmiaru opartego na dokumentacji projektowej. Wręcz przeciwnie, rygorystyczny reżim opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powoduje, że wykonanie nie powinno znacząco odbiegać od stanu projektowanego. Jednocześnie choć przedmiot zamówienia ma charakter specjalistyczny (roboty budowlane związane z budynkiem szpitala), to nie można powiedzieć, że jest niestandardowy dla profesjonalistów działających w tym sektorze rynku robót budowlanych. Zamawiający udzielał także wyjaśnień, które zmierzały do doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wątpliwości podnoszonych przez wykonawców. Okoliczności te czynią zupełnie nieadekwatnym powołanie się w odwołaniu Porr na fragment uzasadnienia wyroku Izby z 18 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2407/10), który został wyrwany z pierwotnego kontekstu i wklejony do początku zdania sugerującego, że cała teza odnosi się do stanu faktycznego aktualnie rozstrzyganej sprawy. Ustalenie tego stanu obarczone jest przy tym błędem, gdyż wbrew temu co sugeruje odwołanie, zakres dostawy sprzętu medycznego jest stały, a obmiar dotyczy wyłącznie robót budowlanych. Natomiast przywołany wyrok dotyczył zupełnie odmiennego przedmiotu zamówienia obejmującego rozliczane odrębnie usługi letniego i zimowego oczyszczania dróg, przy czym realizacja tych ostatnich uzależniona była od wystąpienia rzeczywistej potrzeby ich wykonywania z uwagi na warunki pogodowe. Z tego

względu w s.i.w.z. dotyczącej tamtego postępowania sformułowano nakaz aby cena jednostkowa każdej usługi obejmowała jej realną wartość z uwagi na prognozowany zakres wykonania. Tymczasem w rozstrzyganej sprawie Zamawiający w s.i.w.z. dozwolił na wycenę poszczególnych pozycji poniżej kosztów realizacji robót nimi objętych, skoro mogły zostać one wycenione na 0 zł. Również Odwołujący INSO w rozbudowanych wywodach na temat zaniżenia ceny za przewody wentylacyjne, poza podaniem zasady wynagrodzenia kosztorysowego, wskazuje na bliżej niesprecyzowane ryzyko zwiększenia zakresu tych robót. Tak, jakby wykonanie każdego dostawowego metra w stosunku do stanu projektowanego automatycznie oznaczało niepowetowaną stratę dla Warbudu z tytułu realizacji wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, których całość jest niezbędna dla osiągnięcia zamierzonego rezultatu w postaci wykończenia w określonym standardzie budynku szpitala.

Biorąc pod uwagę treść podniesionych w odwołaniach zarzutów w rozstrzyganej sprawie konieczne byłoby wykazanie, że wątpliwości co tego, czy nie jest rażąca, uzasadnia cena oferty Warbud (45.726.201,82 zł) zestawiona z ceną oferty Porr (47.937.235,57 zł), gdyż cena tej ostatniej oferty została uznana za odpowiadającą realiom rynkowym również przez Odwołującego INSO (cena oferty 50.078.324,29 zł). Żaden z Odwołujących nie podniósł, że za punkt odniesienia do powstania takich wątpliwości należałoby uznać kwotę podaną przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert (w wysokości 63 mln zł), która była znacząco wyższa od cen wszystkich czterech złożonych ofert (Konsorcjum Budimex złożyło ofertę z ceną 50.078.324,29 zł). Tymczasem z oczywistych względów różnica pomiędzy ceną oferty Warbud a ceną oferty Porr jest na tyle nieznaczna, że sama w sobie nie może prowadzić do powstania uzasadnionych wątpliwości co do realności pierwszej z nich na tle drugiej. Pomimo tego Odwołujący Porr ograniczył się do analizy porównawczej 7 cen jednostkowych dotyczących nadproży stalowych (pozycje: 7, 34, 44, 64, 84 i 104 z kosztorysu ofertowego branży budowlanej dla budynku A2) oraz 10 cen jednostkowych z kosztorysu branży budowlanej dotyczącego serwerowni (pozycje: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 15, 16 i 18) z oferty Warbud z cenami w ofertach: swojej, INSO i Konsorcjum Budimex. Niezależnie od efektywności zaprezentowanej w odwołaniu skali występujących różnic, zarówno cen jednostkowych, jak i wartości pozycji kosztorysowych, jedyne co zostało wykazane, to bardzo znaczne różnice w tych kilkunastu spośród tysięcy pozycji kosztorysowych. Podsumowanie tych różnic w odwołaniu na kwotę około 600 tys. złotych stanowi natomiast oczywistą konstatację, która sama w sobie nie uzasadnia powstania wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru globalnej ceny oferty Warbud. Odwołujący Porr nie wykazał, ani nawet nie podniósł, że ceny jednostkowe wszystkich pozostałych pozycji są

ustalone na takim poziomie, że uniemożliwia to zrekompensowanie, podnoszonego jako rażące, zniżenia cen w kilkunastu pozycjach. W odwołaniu zawarto jedynie nieuzasadnioną i nieudowodnioną – w świetle przywołanych tzw. przykładów (w istocie zakreślających zakres podniesionego zarzutu) – generalizację, jakoby wszystkie ceny jednostkowe nie miały charakteru rzeczywistego. W rzeczywistości w odwołaniu wykazano jedynie pozostające bez większego wpływu dla całości ceny oferty zniżenie cen jednostkowych w nielicznych pozycjach. Przystępujący Warbud złożył na rozprawie zestawienia obrazujące, że przy odpowiednim doborze pozycji, równie dobrze można wykazać rażąco niskie ceny poszczególnych pozycji u każdego z wykonawców.

Podobnym brakiem obarczona jest argumentacja (poparta dowodami załączonymi do odwołania) Odwołującego INSO, który przede wszystkim skupił się na szczegółowej analizie zniżenia ceny jednostkowej i wartości pozycji dotyczących przewodów wentylacyjnych. W drugiej kolejności wskazał jako zniżoną cenę za wykonanie serwerowni (poz. 21 przedmiaru). Po trzecie – ponownie podniósł okoliczność wyceny na 0 zł 17 pozycji wskazanych przy zarzucie niezgodności oferty z treścią s.i.w.z, dodatkowo wskazując 5 innych pozycji z taką wyceną (w odwołaniu wymieniono odrębnie 10 pozycji, jednak tylko 5 spośród nich – dotyczących dostawy i montażu kompletnej automatyki do szafy klimatyzacyjnej lub centrali wentylacyjnych – nie pokrywa się z wcześniej omówionymi). Zerowe ceny 11 pozycji z kosztorysu Warbud zostały zestawione z wyceną tych pozycji w pozostałych ofertach. Odwołujący podsumował, że zniżenie oferty Warbud odnośnie robót budowlanych wynosi nie mniej niż 3.172.300,24 zł, co miałyby uniemożliwić realizację zamówienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że to rzekomo dokładne wyliczenie obarczone jest potrójnym błędem. Po pierwsze – dwukrotnie uwzględnia te same 5 pozycji dotyczących central wentylacyjnych i szaf klimatyzacyjnych. Po drugie – w ogóle nie uwzględnia okoliczności, że niektóre spośród *wyzerowanych* pozycji dotyczą elementów, które były niepotrzebne zdublowanie w przedmiarze, co zostało już omówione powyżej przy zarzutach dotyczących niekompletności kosztorysów. Po trzecie – choć Odwołujący deklaruje za rynkowy punkt odniesienia cenę oferty Porr, to w przypadku 17 wspomnianych pozycji przyjął za podstawę obliczenia różnicę ich wartości w ofercie Warbud w stosunku do własnej oferty. Nie jest zadaniem Izby prowadzenie wyliczeń za Odwołującego, jednak takie zabiegi i przeoczenia rzutują na ocenę wiarygodności argumentacji odwołania. Przede wszystkim w ocenie Izby matematyczne wyliczenie pewnej kwoty (dodatkowo niepewne) na podstawie wybranych przez Odwołującego pozycji – nie stanowi udowodnienia twierdzenia, że właśnie o taką kwotę i wyliczony na jej podstawie współczynnik procentowy oferta jest rażąco niska. Odwołujący INSO również nie wykazał, że ceny jednostkowe pozostałych

pozycji nie pozwalają na zrekompensowanie zaniżonej lub zerowej ceny kilkunastu pozycji. Zamiast tego Odwołujący przyjmuje tu kolejne nieudowodnione założenie, że dopiero w przypadku oferty Porr można przyjąć, że zawiera ona w sobie zysk na robotach budowlanych. Należy przy tym dodatkowo zauważyć, że nawet wykonywanie zamówienia po kosztach samo przez się nie musi być wystarczające do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Tym samym niezasadny jest również oparty na takich samych podstawach faktycznych zarzut, że złożenie oferty Warbud z ceną powyżej przywołaną łączną ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem na podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Poza powołaniem się na art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zasady uczciwej konkurencji Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych okoliczności ani dowodów na poparcie twierdzenia, że złożoną przez Warbud ofertę należy uznać za sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Co do tego na czym miałyby polegać wypełnienie tej ostatniej przesłanki, która nie jest wymagana w przypadku stworzonej specjalnie na potrzeby ustawy pzp podstawy odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, odwołanie milczy.

#### IV. Zarzuty odwołania INSO na tle podatku VAT w ofercie Warbud

Izba uznała za niezasadny zawarty w odwołaniu INSO zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Warbud jako sprzecznej z ustawą, względnie nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, co miałyby stanowić naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 pzp. Nieprzypadkowo uznano, że nie może być w tym przypadku mowy o zarzutach, gdyż w rzeczywistości Odwołujący te same okoliczności usiłuje przedstawić jako mieszczące się jednocześnie w dyspozycji tych dwóch odrębnych przesłanek odrzucenia. Z tego względu Izba ustaliła na wstępie, że w odwołaniu w ogóle nie przywołano okoliczności wskazujących na złożenie przez Warbud oferty niezgodnej z przepisem ustawy pzp lub aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, co zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa stanowi zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp

Z kolei przedstawione w odwołaniu okoliczności nie pozwoliły na uznanie zasadności zarzutu, że oferta Warbud podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, jako nieważna na podstawie odrębnych (od ustawy pzp) przepisów. W odwołaniu przywołano art. 58 § 1 kc oraz przepisy prawa podatkowego, po pierwsze – art. 41 ust. 1 oraz art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 i załącznikiem nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług, po drugie – art. 14 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. W ocenie Izby spośród tych przepisów podstawowe znaczenie ma art. 58 § 1 kc, gdyż oferta stanowi czynność prawną,

**Sygn. akt: KIO 2394/12**  
**KIO 2395/12**  
**KIO 2415/12**

k która potencjalnie może być nieważna na jego mocy. Izba ustaliła, że *de facto* jako ustawę, z którą wedle art. 58 § 1 kc miałyby być sprzeczna oferta Warbud (lub której miałyby stanowić obejście) – wskazano ustawę o podatku od towarów i usług oraz ustawę o podatku dochodowym od osób fizycznych. W ocenie Izby żaden z przywołanych powyżej przepisów tych ustaw nie pozwala na uznanie, że oferta Warbud jest nieważna z mocy art. 58 § 1 kc, pomimo twierdzeń odwołania, że jest to jednoznaczne. Naruszenie przepisów ustawy o podatku VAT określających wysokość stawek podatkowych nie powoduje, że opodatkowana tym podatkiem czynność cywilnoprawna staje się nieważna. Również przepis art. 14 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie przewiduje takiego skutku, natomiast wskazuje konkretny skutek w sferze prawopodatkowej, jaki wyniknie z zaniżenia w umowie wartości zbywanych rzeczy lub praw. Na taki wyłącznie skutek wskazuje również przywołane w odwołaniu stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego z uzasadnienia wyroku z 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt I FSK 523/10), w którym odwołano się również do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Natomiast Odwołujący INSO w odwołaniu zupełnie wypaczył stanowisko Sądu Najwyższego wynikające z uzasadnienia przywoływanego wyroku z 8 marca 2001 r. (sygn. akt III RN 76/00). W rzeczywistości w sprawie tej, przy rozpatrywaniu rewizji nadzwyczajnej od wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażono pogląd dokładnie odwrotny, niż twierdzi Odwołujący: *W tym zakresie, to jest co do bezpodstawnego zastosowania w zaskarżonym wyroku art. 58 KC i art. 83 KC jako podstawy nieważności nabycia przedmiotowej nieruchomości w rozumieniu art. 19 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, Minister Sprawiedliwości podniósł zarzut zasadny. Sąd Najwyższy nie wyraził ogólnej tezy, że nieważna jest umowa ze względu na zawarcie jej w celu obejścia prawa rozumianego jako nadużycie prawa podatkowego, do osiągnięcia z korzyści z tym prawem sprzecznych. Sąd zauważył, że ponieważ w rozpatrywanej sprawie chodziło o czynność cywilnoprawną, a w ustawie podatkowej nie ma specjalnej regulacji (w szczególności klauzuli generalnej) umożliwiającej sankcjonowanie obejścia prawa podatkowego, to ustalenie, że umowa taka była nieważna (pozorna) – może nastąpić tylko na podstawie przepisów prawa cywilnego (art. 58 i art. 83 kc). Sąd uznał samo dążenie do korzyści podatkowej za motyw (zamiar) podjęcia czynności prawnej, co nie mieści się w ramach art. 58 kc, gdyż na gruncie tego przepisu ocena czynności prawnej (z uwzględnieniem jej kauzalnego uzasadnienia) musi być prowadzona w odniesieniu do bezpośredniego przedmiotu oraz oświadczenia woli jako elementu tej czynności. Tymczasem w odwołaniu nie wskazano jakichkolwiek okoliczności pozwalających nawet przypuszczać, że jedynym motywem złożenia oferty była chęć osiągnięcia korzyści podatkowych, nie mówiąc już o braku wykazania nieważności*



złożonego przez Warbud oświadczenia woli.

Należy również zauważyć, że samo złożenie oferty nie stanowi czynności prawnej wobec której znajdują zastosowanie przywołane w odwołaniu przepisy podatkowe, gdyż będzie nią dopiero zawarta umowa. Na gruncie ustawy pzp ocena oferty z uwzględnieniem przepisów ustawy o podatku VAT dotyczących stawek wiązana jest się z przesłanką odrzucenia oferty opisaną w art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Ocena *zastosowanej* w ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT może zatem prowadzić co najwyżej do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny oferty, a nie nieważności oferty. Dla porządku należy zauważyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zasadzie ustosunkował się do nieistniejącego w odwołaniu INSO zarzutu błędu w obliczeniu ceny oferty Warbud polegającego na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług.

W ocenie Izby wywody odwołania dotyczące zarzucanego Warbudowi przesunięcia rzeczywistych kosztów prac budowlanych do kosztów wyposażenia medycznego zasługują na rozważenie przede wszystkim w płaszczyźnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Odwołujący również w kontekście tej argumentacji powołał się na art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na przykładowy katalog działań wypełniających znamiona czynu polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, Izba podziela stanowisko Odwołującego, że taki czyn mógłby polegać na obniżaniu względem konkurentów ceny oferty przez odpowiednie ustalenie wartości przedmiotu oferty obejmującej świadczenia opodatkowane różnymi stawkami VAT, tzn. korelujące zniżenie wartość rynkowej części oferty objętej wyższą stawką z zawyżeniem wartości rynkowej części oferty opodatkowanej niższą stawką. Odnośnie zawyżenia Odwołujący wskazał na porównanie wartości netto ofert w zakresie sprzętu medycznego z poszczególnych ofert. Izba ustaliła, że uśredniona na podstawie kwot podanych odwołaniu wartość z trzech pozostałych ofert wynosi 5.233.550,87 zł, co stanowi 63,5 % wartości sprzętu medycznego w ofercie Warbud. W ocenie Izby, choć różnica ta jest znaczna, to nie jest to wystarczające dla stwierdzenia zawyżenia przez Warbud wartości tego sprzętu z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Izba zważyła, że poza wskazaniem na różnicę netto około 3 mln zł, Odwołujący nie udowodnił, że wyłącznie cenę netto na poziomie nieprzekraczającym około 5,5 mln można uznać za odpowiadającą uczciwej konkurencji. W szczególności Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów dotyczących cen oferowanych przez producenta sprzętu medycznego, chociażby Odwołującemu, co dałoby jakikolwiek punkt wyjścia do oceny marży przyjętej przez Warbud jako nieuzasadnionej uczciwą grą rynkową. Przede

wszystkim jednak wobec niewykazania przez Odwołującego zaoferowania przez Warbud realizacji całości robót budowlanych poniżej kosztów, nie sposób przyjąć, że złożenie przez Warbud kompleksowej oferty z wyższą od konkurentów marżą na sprzęt medyczny stanowi względem nich czyn nieuczciwej konkurencji. Uwzględnić również należy, że wyliczone w odwołaniu zaniżenie ceny oferty Warbudu na kwotę ponad 400 tys. zł nie stanowi istotnej różnicy ani z uwagi na wartość łączną tej oferty, ani z uwagi na różnicę w stosunku do takiej wartości następnej w kolejności oferty Porr.

Podsumowując: w ocenie Izby Odwołujący, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 1 pzp i art. 6 kc ciążył ciężar dowodu, nie udowodnił, że złożenie oferty przez Warbud stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

#### V. Zarzut odwołania Porr dotyczący zastosowania przez Warbud niewłaściwej stawki VAT

Odwołujący Porr adekwatnie przytoczył treść pierwszego akapitu rozdziału III s.i.w.z., jednak z uwagi na podniesiony zarzut stan faktyczny w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wymaga następującego uzupełnienia i podsumowania. Z rozdziału III s.i.w.z. wynika, że zasadniczy przedmiot zamówienia – zgodnie z nazwą postępowania – stanowią roboty budowlane związane z wykończeniem budynku A2 szpitala Zamawiającego (w następnym akapicie wskazano, że jest to kolejny etap zadania inwestycyjnego pozwalającego na rozbudowie szpitala). W dalszej części rozdziału w zakresie szczegółowego opisu tych robót odesłano do dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów robót, stanowiących załącznik nr 3 do s.i.w.z. Zgodnie z rozdziałem III s.i.w.z. przedmiot zamówienia obejmuje również dostawę i montaż elementów części sprzętu medycznego i technicznego (chodzi o to, że część elementów tego wyposażenia nie jest objęta tym postępowaniem), niezbędnych do uzyskania budynku spełniającego funkcję, do której został przeznaczony. Zamawiający określił następujący zakres dostawy i montażu sprzętu medycznego: kolumny chirurgiczne, kolumny anestezyjologiczne, kolumny laparoskopowe, lampy operacyjne i zabiegowe oraz mosty intensywnej terapii z wyposażeniem. Z rozdziału III s.i.w.z. jednocześnie wynika, że sprecyzowanie wymagań dla sprzętu medycznego zawiera załącznik nr 2 do s.i.w.z. obejmujący tzw. formularze właściwości techniczno-użytkowych tego sprzętu. W załączniku tym zamieszczono tabele od 1 do 6 dotyczących odpowiednio 6 wymienionych wcześniej kategorii sprzętu medycznego. Jednocześnie Zamawiający przygotował odrębny załącznik nr 3 – wzór tzw. formularza asortymentowo-cenowego sprzętu medycznego i technicznego, zawierający tabelę, w której poz. od 2 do 7 dotyczą również tych 6 kategorii sprzętu medycznego (poz. 1, 8 do 11 dotyczą sprzętu technicznego). W tabeli tej należało podać

cenę jednostkową netto, brutto oraz wartość brutto poszczególnych pozycji a w podsumowaniu – wartość brutto dla sprzętu medycznego i technicznego. W poprzedzającym załączniku nr 2 do s.i.w.z. znalazła się jednak jeszcze tabela 7 pn. *System integracji*, poprzedzona wyjaśnieniem, że zawiera wymagania dla pozycji 63, 64 i 275 przedmiaru dla robót budowlanych budynku A2 w zakresie tzw. Modułowego Systemu Zabudowy Sal Operacyjnych i Pomieszczeń Przygotowania Pacjenta i Lekarza. Niesporna była w toku postępowania odwoławczego okoliczność, że w tabeli 7. wskazano między innymi opisany w odwołaniu Porr sprzęt medyczny (moduł sterujący, komputer z interfejsem w postaci dotykowego monitora, monitory, w tym monitory ścienne) wchodzący w skład cyfrowego systemu integracyjnego bloku operacyjnego (z tego względu przedstawiony przez Odwołującego Porr na tę okoliczność dowód okazał się zbędny). Oprócz tego tabela 7. zawiera opis wymagań dla innego niż medyczny sprzęt oraz dla robót budowlanych dotyczących zintegrowanego bloku operacyjnego. Niesporne jest również, że cyfrowy system integracyjny nie znalazł żadnego odzwierciedlenia w załączniku cenowym dotyczącym sprzętu medycznego. Zamiast do tego załącznika treść nagłówka tabeli 7. odsyłała do poz. 63, 64 i 275 podstawowego kosztorysu robót tzw. ogólnobudowlanych. O ile nie było sporu i rozbieżności co do tego, że pierwsze dwie pozycje dotyczą wyłącznie robót budowlanych, o tyle przedmiotem zarzutu sformułowanego w odwołaniu stała się pozycja 275.

Podstawą zarzutu są przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, które przewidują, że dla sprzętu medycznego jako wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych znajduje zastosowanie stawka obniżona 8%, w przeciwieństwie do robót budowlanych, dla których właściwa jest stawka podstawowa, aktualnie 23%. Zdaniem Odwołującego Porr w kosztorysie ogólnobudowlanym Warbud nie znalazło to odzwierciedlenia, gdyż z porównania wartości netto i brutto tego kosztorysu wynika kwota odpowiadająca stawce 23%, a tymczasem dla pozycji 275 kosztorysu właściwa jest stawka 8%. Odwołujący upatruje w tym podstawy do odrzucenia oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Izba uznała zarzut podniesiony w odwołaniu za niezasadny. W odwołaniu Odwołujący trafnie zauważył, że poz. 275 przedmiaru Zamawiającego (a tym samym kosztorysu) obejmuje zarówno dostawę urządzeń medycznych jak i roboty ogólnobudowlane i branżowe. Odwołujący nietrafnie jednak przyjmuje, że w tej sytuacji dla tej pozycji właściwa była jednolita stawka obniżona a nie podstawowa. Dopiero na rozprawie – po zapoznaniu się z pisemnym stanowiskiem Przystępującego Warbud – Odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko w kierunku twierdzenia, że poz. 275 obejmuje wyłącznie dostawę wymienionego powyżej sprzętu medycznego oraz roboty budowlane związane z jego montażem. Izba

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

zważyła, że zmiana ta nie usuwa wewnętrznej niespójności stanowiska Odwołującego, w szczególności uwzględniając załączoną do odwołania interpretacją ogólną Ministra Finansów z 27 kwietnia 2012 r., jak również złożoną na rozprawie opinię prawną kancelarii doradców podatkowych z 12 listopada 2012 r. W obu tych dokumentach (sporządzona na zlecenie Odwołującego opinia powołuje się na interpretację) kładzie się przede wszystkim nacisk na to, że wykonywane przy dostawie specjalistycznego sprzętu medycznego prace budowlane związane z dostosowaniem pomieszczeń dla tego sprzętu – pozostają opodatkowane według stawki podstawowej, a nie według stawki obniżonej jak dla wyrobu medycznego. Jednocześnie Odwołujący twierdzi, że dla robót budowlanych związanych z montażem urządzeń medycznych wymienionych w tabeli 7. właściwa jest stawka obniżona, tak jakby uznawał je łącznie za świadczenie kompleksowe. Jednakże w ocenie Izby brak podstaw do zawężenia poz. 275 kosztorysu wyłącznie do robót budowlanych związanych z montażem cyfrowego systemu integracyjnego bloku operacyjnego. Poza wprost wyłączonymi z tego zakresu pracami opisanymi w poz. 63 i 64 kosztorysu, w poz. 275 można było wycenić inne roboty budowlane związane z realizacją zintegrowanego bloku operacyjnego w budynku A2. Wskazuje na to już opis tej pozycji: *Zintegrowany blok integracyjny (R+M+S) – wg wytycznych inwestorskich* (przy czym, jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, słowo *integracyjny* użyto przez omyłkę zamiast słowa *operacyjny*). Zważając na przywołane powyżej postanowienia s.i.w.z. – oznaczało to możliwość wyceny w ramach kalkulacji własnej tej pozycji wszystkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania takiego zintegrowanego bloku operacyjnego, które nie zostały opisane w innych pozycjach kosztorysu, a są niezbędne do jego wykonania. W takiej sytuacji, skoro niesporna było między stronami, że dla tej pozycji należało przyjąć stawkę jednolitą, nie sposób czynić zarzutu z *zastosowania* przez Warbud stawki podstawowej. Termin zastosowanie jest tu w ocenie Izby o tyle na wyrost, że Zamawiający odnośnie kosztorysów budowlanych nie wymagał wskazania ani stawki, ani kwoty podatku VAT, a nawet – odmiennie niż dla formularza asortymentowo-cenowego sprzętu – wymagając wyłącznie podania w formularzu oferty łącznej ceny brutto oferty.

Izba zważyła także, że nie jest takie oczywiste, czy w przypadku dostawy cyfrowego systemu integracyjnego sal operacyjnych adekwatne jest stanowisko wypracowane na tle dostawy takich wyrobów medycznych jak tomograf komputerowy, rezonans magnetyczny, aparat rentgenowski itp. O ile w przypadku tych ostatnich można mówić o konieczności wykonania prac adaptacyjnych pomieszczeń dla zapewnienie ich bezpiecznego i prawidłowego funkcjonowania, o tyle urządzenia systemu integracyjnego same w sobie są integralnym elementem modułowej zabudowy sal operacyjnych bloku operacyjnego

Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12

przewidzianej przez Zamawiającego. Nie tylko z tego względu Izba stwierdziła, że wskazane w odwołaniu wyroki Izby nie zapadły na tle analogicznych stanów faktycznych: w sprawie o sygn. akt KIO 2225/11 rozstrzygające znaczenie miało wskazanie przez Zamawiającego w s.i.w.z. jednolitej stawki obniżonej jako właściwej zarówno dla dostawy tomografu jaki i jego instalacji; analogicznie było w sprawie o sygn. akt KIO 1121/12 (aparatury RTG i prace adaptacyjne pracowni RTG); sprawa o sygn. akt KIO 972/12 dotyczyła nieuprawnionego objęcia jednolitą obniżoną stawką zarówno dostawy tomografu jaki i prac adaptacyjnych pomieszczeń, w których miał być zainstalowany. Przede wszystkim ponieważ to na wykonawcach ciążył obowiązek ustalenia właściwej wysokości stawki podatku od towarów i usług na podstawie stanu faktycznego ujawnionego przez Zamawiającego w s.i.w.z., nie można czynić Przystępującemu Warbud zarzutu z tego, że z ostrożności zastosował stawkę podstawową. Doktryna, orzecznictwo, jak również praktyka organów skarbowych wskazuje, że w razie jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych co do opodatkowania podatkiem od towarów i usług, w tym zasadności stawek preferencyjnych, za właściwą należy uznać stawkę podstawową. Stanowisko takie zostało wyrażone m.in. w *VAT. Komentarz*, Lex 2010 r. wyd. IV, autorstwa A. Bartosiewicza i R. Kubackiego. W tezie nr 10 do komentowanego art. 41 stwierdzono, że: *Co do zasady, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania także powinna być stosowana ta stawka.* W ocenie Izby w niniejszej sprawie takie wątpliwości na tle stanu faktycznego wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia w s.i.w.z. mogły mieć miejsce. Nie pozwala to na przypisaniu zastosowaniu przez Przystępującego Warbud stawki podstawowej podatku VAT znamion błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Nie tylko niezasadny ale i bezprzedmiotowy jest wysnuty z tych samych okoliczności zarzut, że Warbud obliczył cenę w sposób sprzeczny z treścią s.i.w.z., a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Treść s.i.w.z. nie zawierała określenia stawek VAT i ten stan się nie zmienił, gdyż Zamawiający udzielał w tym zakresie wyłącznie odpowiedzi odsyłających do obowiązujących przepisów.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji, tzn.:

- oddaliła odwołanie INSO, gdyż naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Porr nie miało wpływu na wynik postępowania w postaci wyboru oferty Warbud;
- oddaliła odwołanie Porr jako niezasadne w całości;

**Sygn. akt: KIO 2394/12  
KIO 2395/12  
KIO 2415/12**

– oddaliła odwołanie Warbud z uwagi na brak spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 pzp;

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzeczone stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 i § 6 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołujących tymi kosztami, na które złożyły się uiszczone wpisy od odwołań. Nie uwzględniono zawartego w odpowiedzi na odwołanie wniosku o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Zamawiającego według norm przepisanych, gdyż w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia, uzasadnione koszty stron podlegają zasądzeniu na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Do zakończenia rozprawy Zamawiający takiego rachunku nie przedstawił.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....