

Sygn. akt: KIO 1376/12

**WYROK**

**z dnia 16 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Ryszard Tetzlaff**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300a** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie, 20-081 Lublin, ul. Stanisława Staszica 16**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., 02-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300a** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300a** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Stanisława Staszica 16, 20-081 Lublin (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na "Roboty budowlane związane z modernizacją Kliniki Okulistyki pn. "Utworzenie Ponadregionalnego Ośrodka Leczenia Chorób Narządu Wzroku na bazie Kliniki Okulistyki SPSK Nr 1 Uniwersytetu Medycznego w Lublinie" wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie". Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie udzielane w częściach). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 51-082762.

W dniu 2 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ERBUD S.A., ul. Puławska 300a 02-819 Warszawa (dalej "Odwołujący"), od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. w szczególności od:

1. czynności wyboru oferty SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9 Oddział Budownictwa Ogólnego w Kielcach (dalej „SKANSKA”) jako najkorzystniejszej,
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy SKANSKA,
3. zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA,
4. zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności, Odwołujący wnosił również odwołanie od zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek rachunkowych zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty SKANSKA

- jako najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SKANSKA z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.
  3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SKANSKA z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SKANSKA do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia,

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Jednocześnie, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący stawiał Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SKANSKA,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy SKANSKA, względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy SKANSKA do uzupełnienia dokumentów,
5. nakazanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego).

Odwołujący wskazywał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, która zajęła w rankingu oceny ofert drugą pozycję. W sytuacji odrzucenia oferty SKANSKA bądź wykluczenia wykonawcy SKANSKA z postępowania, oferta Odwołującego zostanie wybrana jako

najkorzystniejsza. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą do wniesienia niniejszego odwołania jest czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonana pismem datowanym na 21 czerwca 2012 r., wysłanym Odwołującemu faksem w tym samym dniu. Odwołanie jest zatem wnoszone z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 2 lipca 2012 r.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, co następuje.

Ad. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SKANSKA z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SKANSKA z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w treści SIWZ, zmodyfikowanej pismem z dnia 25 kwietnia 2012r. w pkt V ppkt 1.2 wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem z należytą starannością co najmniej 5 robót budowlanych (budowy lub przebudowy o podobnym charakterze) w obiektach opieki zdrowotnej - każda o wartości nie niższej niż 5 000 000, 00 zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 8 000 m<sup>3</sup> (w tym trzy roboty których zakres obejmował także budowę lub przebudowę bloków operacyjnych), w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykonawca SKANSKA w złożonej ofercie (s. 16-19) zamieścił Wykaz wykonywanych robót budowlanych, w którym wskazał trzy roboty (poz. 1, 2, 3) obejmujące swym zakresem m.in. budowę lub przebudowę bloków operacyjnych.

Zastrzeżenia Odwołującego budziła poz. 1 ww. Wykazu, dotycząca realizacji inwestycji budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Koninie. Wykonawca SKANSKA w złożonym wykazie wskazał, iż przedmiotowa inwestycja była realizowana w okresie od 12.09.1983 r. do 10.12.2009 r. Jednocześnie, z przedłożonej referencji (s. 20-24 oferty) wynika, iż inwestycja była realizowana na podstawie umowy 786/84 wraz z aneksami na kolejne etapy budowy. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać, aby budowa obiektu

szpitalnego była wykonywana w tak długim okresie, zatem przyjąć należy, iż wymagany warunkiem udziału w postępowaniu zakres tj. budowa lub przebudowa bloku operacyjnego, nie został zrealizowany w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący zauważał, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający korzystał z instytucji wyjaśnień tylko i wyłącznie w odniesieniu do innych wykonawców. W niniejszym przypadku, pomimo trwającej aż 26 lat inwestycji budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Koninie, okres realizacji przedmiotowej budowy nie wzbudził żadnych wątpliwości Zamawiającego.

W związku z powyższym, wykonawca SKANSKA w Wykazie wykonywanych robót budowlanych złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a zatem winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Konsekwencją tego jest również uznanie, iż wykonawca SKANSKA nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności, na wypadek niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wszcząć procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Zamawiający w treści SIWZ pkt X ppkt 16 j), wymagał złożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego z podziałem na obiekty B1, C1 i miesiące realizacji wg zał. nr 9 a do SIWZ.

Powyższe wymaganie było przedmiotem wyjaśnień treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert - pismo Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2012r., cyt.:

#### Treść zapytania 12

*W nawiązaniu do pkt VII. 4 SIWZ. w związku z wymogiem pkt. X. 16.j) SIWZ załączenia do oferty harmonogramu wg wzoru zał. 9a prosimy o wyjaśnienie nw. spraw warunkujących prawidłowe jego opracowanie:*

#### *12.1*

*We wzorze harmonogramu (zał. nr 9a, dla którego nie został oznaczony obiekt, jakiej części on dotyczy) opis robót rozpoczyna się od poz. II. Prosimy o wyjaśnienie, czy pomyłkowo*

*pominięto poz. I i ewentualne uzupełnienie „Wyszczególnienia robót” we wzorze harmonogramu.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający udostępnia zmieniony zał. nr 9a dla budynku B-1 i C-1*

*12.2*

*Również w tym wzorze harmonogramu brak podziału na raty płatności - prosimy o uzupełnienie*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający udostępnia zmieniony zał. nr 9a dla budynku B-11 C-1*

*12.3*

*W SIWZ przewidziano termin wykonania do 31.12.2013r., natomiast wzór harmonogramu obejmuje okres do VI. 2014r. Prosimy o potwierdzenie, że termin realizacji do 31.12.2013r. i ewentualną korektę wzoru harmonogramu.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż wymagany termin realizacji zamówienia został określony w części IV SIWZ. Jednocześnie zmienione zał. 9a dla budynku B-1 i C-1 obejmują prawidłowy okres.*

*12.4*

*Prosimy o wyspecyfikowanie, jakie urządzenia należy ująć w harmonogramie w poz. 4.2.3 "Maszyny i urządzenia" oraz w poz. 6.4 „Urządzenia".*

*Jednocześnie prosimy potwierdzenie, że wzór harmonogramu (zał. 9a, dla którego nie został oznaczony obiekt) - dotyczy budynku głównego C-1.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*W poz. 3.2.3. [maszyny i urządzenia ] oraz 5.1 [urządzenia] należy przyjąć „0".*

Następnie Zamawiający pismem z dnia 25 kwietnia 2012r., dokonał w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp modyfikacji treści SIWZ m in. w zakresie Załącznika nr 9a do SIWZ i Załącznika nr 9b do SIWZ. Z treści przekazanych wykonawcom ww. załączników wynika wprost, iż zawierają one pozycje 3.2.3 [maszyny i urządzenia] oraz 5.1 [urządzenia]. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie wykreślił przedmiotowych pozycji harmonogramu, co oznacza, iż wszyscy wykonawcy zobowiązani zostali do dokonania ich wyceny i uwzględnienia wartości tych pozycji w cenie ofertowej. Podkreślić także należy, iż w odniesieniu do zmodyfikowanej i przesłanej wykonawcom w dniu 25 kwietnia 2012r. treści SIWZ Zamawiający nie udzielał już jakichkolwiek wyjaśnień, w szczególności nie nakazał wykonawcom w poz. 3.2.3 i poz. 5.1 przyjęcia wyceny „0".

Tymczasem wykonawca SKANSKA w złożonej ofercie nie zastosował się do wymagań Zamawiającego zaktualizowanych pismem z dnia 25 kwietnia 2012 r. Brak

wyceny pozycji 3.2.3 oraz 5.1 w złożonej ofercie powoduje jej niezgodność z treścią SIWZ, a w konsekwencji konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał również, iż zgodnie z pkt III ppkt 2 zmodyfikowanej SIWZ, zakres robót wchodzących w skład przedmiotu niniejszego zamówienia obejmuje m.in.:

Dostawę i montaż urządzeń:

- dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dźwigowych,
- dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych,
- dostawa, montaż i uruchomienie agregatu prądotwórczego ze zbiornikami paliwa.

Przyjęcie zatem przez SKANSKA w ww. pozycjach wyceny „0” oznacza wprost, iż w złożonej ofercie wykonawca ten nie zaoferował Zamawiającemu istotnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Ad. zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odwołujący podnosił, iż gdyby przyjąć interpretację odmienną od przedstawionej powyżej, tj. uznać, iż treść SIWZ nie nakładała obowiązku wyceny i uwzględnieniem w cenie ofertowej wartości pozycji 3.2.3 [maszyny i urządzenia] oraz 5.1 [urządzenia], to w odniesieniu do oferty ERBUD S.A. zachodzi konieczność dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek - stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem wycenił w złożonej ofercie poz. 3.2.3 i 5.1 harmonogramu.

Mając na uwadze naczelną zasadę obowiązującą w systemie zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców, oraz fakt, iż zamawiający powinien dokonywać oceny ofert, które są ze sobą porównywalne, Zamawiający zobowiązany jest do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i zmniejszenia ceny oferty ERBUD S.A. o wartość pozycji 3.2.3 [maszyny i urządzenia] oraz 5.1 [urządzenia]. Odwołujący zaznaczał także, iż dokonanie oceny ofert na równych zasadach tj. porównanie wartości wszystkich złożonych ofert bez wyceny poz. 3.2.3 i poz. 5.1 harmonogramu, spowoduje, iż najkorzystniejszą ofertą w świetle przyjętego w SIWZ kryterium oceny będzie oferta Odwołującego.

Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia



oferty SKANSKA jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od wykonawców podania ceny oferty netto i brutto z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT). Stosownie do tego, w Formularzu Oferty - Formularzu Cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, należało podać :

"CENA OFERTY:

Cena oferty obliczona zgodnie z częścią XII SIWZ:

Cena ofertowa netto: ... zł (słownie .....)

plus podatek VAT w kwocie: ..... zł (słownie: .....)

cena ofertowa brutto ..... zł (słownie: .....)"

Następnie, pismem z dnia 11 kwietnia 2012r. Zamawiający poinformował o następującym zapytaniu i udzielonej odpowiedzi, cyt.:

"Treść zapytania 4

Prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytania - DOTYCZY GAZÓW MEDYCZNYCH

4.1

Czy Zamawiający dopuści zastosowanie podatku VAT 8% w ofercie na instalację gazów medycznych i pozwoli na określenie ceny ofertowej w rozbiściu na elementy robót objęte stawką 23% i 8%

Cena netto (instalacja gazów medycznych)..... zł

Stawka VAT (instalacja gazów medycznych) 8%

Cena netto (zadanie budowlano-instalacyjne)..... zł

Stawka VAT (zadanie budowlano-instalacyjne) 23%

Cena netto na wykonanie zadania (ogółem) .....zł

Cena brutto na wykonanie zadania (ogółem)..... zł

Systemy rurociągowo dla gazów medycznych są wyrobem medycznym podlegającym zgłoszeniu do Rejestru Wyrobów Medycznych w oparciu o Dyrektywę Medyczną Unii Europejskiej 93/42/EEC. Oznacza to, że dostawa instalacji gazów medycznych (systemu rurociągowego dla gazów medycznych) uznanych za wyrób medyczny podlega opodatkowaniu stawką wysokości 8% (na podstawie art. 41 ust 2 ustawy o VAT) Możliwość przedstawienia ceny oferty z wyszczególnieniem dwóch stawek VAT pozwoli na zmniejszenie kosztów zadania inwestycyjnego?

Odpowiedź Zamawiającego:

Tak, dopuści."

Wskazać należy, iż mimo niewskazania przez Zamawiającego właściwej i obowiązującej stawki podatku VAT, do czego był uprawniony (vide: uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11), nie zmienia to faktu, że to Wykonawca winien każdorazowo określić stawki i kwoty podatku VAT w ramach zaoferowanej ceny (art. 106 ustawy o podatku VAT).

Zdaniem Odwołującego, nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Podatek od towarów i usług ma bowiem charakter cenotwórczy, o czym przesądza treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto nie sposób uznać, iż ustawodawca definiując pojęcie ceny w ww. przepisie ustawy o cenach miał na myśli jakikolwiek podatek od towarów i usług, a nie podatek ustalony w oparciu o obowiązujące przepisy. Zatem prawidłowo określona cena jest wartością uwzględniającą podatek od towarów i usług w stawce zgodnej z obowiązującymi przepisami, nie zaś w stawce ustalonej w sposób błędny lub w stawce nieistniejącej. Na powyższe wskazuje wykładnia celowościowa i funkcjonalna art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Odwołujący podnosił, iż będąca częścią przedmiotu niniejszego zamówienia dostawa instalacji gazów medycznych (systemu rurociągowego dla gazów medycznych) podlega opodatkowaniu stawką 8%, co wynika z art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz art. 41 ust. 2 ustawy o VAT z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (wraz z kolejnymi zmianami), oraz wykazu towarów i usług stanowiącego załącznik nr 3 do w/w ustawy (w szczególności pozycja dotycząca wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienionych w pozostałych pozycjach załącznika (bez względu na symbol PKWiU).

Tymczasem wykonawca SKANSKA w złożonej ofercie przyjął jednolitą stawkę podatku VAT - 23%, co zdaniem Odwołującego doprowadziło do sytuacji, iż przedmiotowa oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

Dnia 3 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania,

W dniu 6 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia SKANSKA (dalej także jako "Przystępujący") po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Przystępujący wskazywał, że posiada interes do wniesienia niniejszego przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego i rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta została w niniejszym postępowaniu wybrana w dniu 21 czerwca 2012 r. jako najkorzystniejsza. W związku z wniesieniem przez Odwołującego odwołania, Przystępujący może ponieść szkodę w przypadku niezyskania przedmiotowego zamówienia.

#### Ad. zarzut naruszenia art.24 ust. 2 pkt. 3 i pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, podczas gdy zarzuty te są całkowicie bezzasadne.

Odwołujący postawił jedynie wątpliwość, czy oby w ramach długoterminowej realizacji inwestycji budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Koninie, budowa/przebudowa bloku operacyjnego wykonana była w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert i wyłącznie na tej wątpliwości zbudował zarzut poświadczenia nieprawdy w treści oferty przez Przystępującego. Tymczasem owa podnoszona przez Odwołującego okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji nie może być domniemywana przez Odwołującego jedynie na podstawie tego, że Zamawiający nie wyjaśnił z Przystępującym wątpliwości, które jedynie Odwołujący posiada. Niezasadnym jest zatem twierdzenie, że wobec braku wyjaśnienia informacji zawartych w ofercie, a dotyczących terminów realizacji w/w inwestycji wykazywanej na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dane oświadczone w ofercie przez Przystępującego są nieprawdziwe i warunek udziału w postępowaniu nie jest spełniony. W istocie doprowadziłoby to do sytuacji, w której zaniechanie wyjaśnienia całokształtu okoliczności faktycznych wynikających z treści oferty, dawałoby podstawy do formułowania podobnych wniosków i to z tak dotkliwym skutkiem, jakim jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Co więcej, gdyby z braku wyjaśnienia wywodzić nieprawdziwość treści oświadczonej w ofercie, oznaczałoby to, iż rozstrzygającego znaczenia nie ma okoliczność wynikająca z dokumentów przedkładanych w ofercie na spełnienie warunku udziału w postępowaniu (tu: wykazu zrealizowanych robót

budowlanych i referencji potwierdzających należyte wykonanie), a jedynie sam fakt ich niewyjaśnienia.

Na gruncie ustawy Pzp istnieje domniemanie prawdziwości informacji składanych przez Wykonawców, w związku z tym dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa, wg ogólnych zasad dowodowych, na tym kto wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia z postępowania innego wykonawcy, co wynika z art. 190 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Powyższe reguły procesowe znajdują jednoznaczne potwierdzenie w uzasadnieniach wyroków składów Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1578/10; wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1735/11, KIO 1736/11; wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. sygn. akt KIO 1999/11; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 637/11).

Stąd tak wymierny w skutkach prawnych zarzut poświadczenia nieprawdy wymaga udowodnienia, a Odwołujący, na którym ten ciężar spoczywa, nie przedstawił żadnych dowodów, które choćby uprawdopodobniły jego twierdzenia, co do podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w treści oferty. Rzucając zatem takie oskarżenie, Odwołujący jest gołosłowny.

Za absolutnie niedopuszczalne należy uznać w takim wypadku kwalifikowanie oświadczeń złożonych oferty przez Przystępującego jako nieprawdziwych i stawianie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykluczenia Przystępującego, bez jakiegokolwiek wykazania tej okoliczności i nie przedstawia dowodów podważających te oświadczenia złożone przez Przystępującego.

W kontekście zagadnienia „poświadczenia nieprawdy” zupełnie niezrozumiałe jest żądanie Odwołującego, postawione, jak należy przyjąć, ze świadomością iż ów gołosłowny zarzut się nie ostatecznie, a dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia (pomimo, iż w uzasadnieniu faktycznym, jak można domniemywać, mowa jest o zaniechaniu wezwania do wyjaśnień). Przystępujący udokumentował przecież spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący złożył nieprawdziwą informację w zakresie realizacji tej inwestycji, nie jest zatem wyjaśnione przez Odwołującego jaka to okoliczność miałaby uzasadniać wezwanie do uzupełnienia.

Zarzuty te zatem uznać należy za całkowicie bezzasadne i dalece krzywdzące dla Przystępującego, który zrealizował inwestycję budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego

w Koninie zgodnie z oświadczeniami złożonymi do oferty, wg stanu opisanego w wykazie robót budowlanych i referencji potwierdzającej należyte wykonanie, a tym samym wykazał spełnienie warunku wymaganego wiedzy i doświadczenia.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący wywodzi, iż obowiązkiem Wykonawców (tym samym Przystępującego) było wycenienie pozycji 3.2.3 (maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (urządzenia) w harmonogramie będącym załącznikiem nr 9a do SIWZ dla budynku C1, który miał być dołączony do oferty zgodnie z pkt.16 lit. j) części X SIWZ. O powyższym w decydujący sposób przesądzać miałyby wygląd załącznika 9a, przesłanego wraz z modyfikacją treści SIWZ dokonaną w dniu 25 kwietnia br. Jak twierdzi Odwołujący, rzekomo utrzymanie treści obu pozycji właśnie ma przesądzać o tym, iż anulowana zostaje odpowiedź Zamawiającego udzielona na pytanie 12.4 z dn. 02.04.2012 r. w której Zamawiający decyduje, iż w powołanych pozycjach należy wycenić „0”.

Taka teza sprowadzałaby się do stanowiska, iż w każdym kolejnym harmonogramie przedstawianym przez Zamawiającego wykonawcom wraz z kolejnymi odpowiedziami (tj. z odpowiedzią z dn. 11 kwietnia 2012r. i odpowiedzią z dnia 25 kwietnia 2012 r.) udzielanymi już po dacie 2 kwietnia, w treści harmonogramu w poz. 3.2.3 (maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (urządzenia) musiałoby być wpisane przez Zamawiającego „0”. Tymczasem to wyłącznie w gestii Wykonawców było - cyt. z odpowiedzi - (...) przyjąć 0” - i w tym zakresie Zamawiający konsekwentnie nie wyręczał wykonawców, przenosząc to zobowiązanie na uczestników postępowania.

Żadną późniejszą czynnością nie zmienił swojego stanowiska tj. nie nakazał wyceny bo i nie wprowadził listy maszyn, urządzeń i wyposażenia, które miałyby się mieścić w pozycji 3.2.3 (maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (urządzenia). Powoływana przez Odwołującego za podstawę zarzutu modyfikacja SIWZ z dn. 25 kwietnia br. nie dotyczyła zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, o czym stanowi treść wystosowanego w tym dniu do wykonawców pisma przewodniego, w której Zamawiający nie określił że wprowadza, mając oczywiście za punkt odniesienia swoje dotychczasowe rozstrzygnięcia, w zakresie części III Opis Przedmiotu Zamówienia jakichkolwiek zmian.

Skoro jednak w odwołaniu Odwołujący powołuje, iż w przedmiocie zamówienia jest dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dźwigowych, dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych oraz agregatu prądotwórczego, jednocześnie stawiając zarzut, iż w ofercie Przystępujący tych istotnych zakresów nie zaoferował, to należy uporządkować takie

stanowisko w świetle zapisów dokumentacji przetargowej i odpowiedzi Zamawiającego oraz stanu faktycznego z oferty Przystępującego, i tak:

Zakres związany montażem urządzeń dźwigowych opisany był w kosztorysie ślepych BUDYNEK C1 - ROBOTY BUDOWLANE - wyj-ślepy.ath

13.	45400000-1	Wymiana dźwigów w budynku		
199 d.13	analiza indywidualna	Demontaż istniejącego i montaż nowego dźwigu szpitalnego - udźwig 1600 kg wraz z próbami regulacją i odbiorem/ 8 przystanków	kpl	1,000
200 d.13	analiza indywidualna	Demontaż istniejącego i montaż nowego dźwigu - ogólnodostępnego o udźwigu 700 kg wraz z próbami regulacją i odbiorem/ 8 przystanków / dźwig środkowy/	kpl	1,000
201 d.13	analiza indywidualna	Demontaż istniejącego i montaż nowego dźwigu o udźwigu 1050 kg wraz z próbami regulacją i odbiorem/ 8 przystanków/ dźwig skrajny/	kpl	1,000

A zatem oczywistym jest, iż dostawę i montaż urządzeń dźwigowych należało skalkulować i umieścić w wycenie kosztorysu budowlanego, zatem przełożyć w pozycje harmonogramu które tej branży odpowiadają. W ofercie Przystępującego ten koszt przeniesiony został na pkt 2.3. załącznika 9a dotyczącego Budynku C1.

2) W sposób jednoznaczny została także przesądzona kwestia zestawów nadłóżkowych. W załączonym do SIWZ Opisie Technicznym do Projektu Wykonawczego „Technologia” w pkt. 13 „Wytyczne Branżowe” ppkt 13.5 „Wymagania w zakresie instalacji elektrycznych” II, III i IV Piętro - Pokoje łóżkowe na str. 43 werset 5 od góry zapisano : "Rezygnacja z zestawów nadłóżkowych (notatka z 17-03-2011)". Brak jest również zestawów nadłóżkowych w części graficznej dokumentacji projektowej. Już to wskazywało, że zestawy nadłóżkowe nie są objęte zakresem wyceny. Dodatkowo pismo nr. LDz.EO/TT - 2721/V/1/12 z dn. 23 marca 2012r. - odpowiedź na pytanie nr 4 oraz odpowiedź na pytanie nr 6, w których Zamawiający wyjaśnia, że „Wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM -T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Podane informacje dotyczące przyszłego wyposażenia obiektu mają jedynie charakter informacyjny, celem wykonania przez Wykonawcę odpowiednich podejść i podłączeń pod urządzenia". Jest także pismo nr. L.Dz.EO/TT - 2721A//2/12 z dn. 02.04.2012r. -odpowiedź na pytanie nr

8.3, gdzie Zamawiający wyjaśnia, że „Zestawy nadłóżkowe na piętrach II,III, IV nie wchodzi w zakres” co potwierdza, iż nie należało ich wyceniać. Konsekwentnie w piśmie nr. L.Dz.EO/TT - 2721/W3/12 z dn. 11 kwietnia 2012r. - odpowiedź na pytanie nr 1.1 Zamawiający wyjaśnia, że „Wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM -T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu” oraz odpowiedzi na pytanie 4.32 i 4.33 w których Zamawiający wyjaśnia, że zestawy nadłóżkowe nie są przedmiotem zamówienia.

3) Co do agregatu prądotwórczego, to pozycja obejmująca jego dostawę i montaż zawarta była w kosztorysie ślepy dla budynku B-1 - „3.BUDYNEK B-1„E\_KOSZTORYS ŚLEPY.ath” w dziale 1.3 AGREGAT PRĄDOTWÓRCZY poz. 1.3.1, co oznacza iż koszt z tym zakresem związany winien być ujęty w wycenie instalacji elektrycznych dla łącznika B1 i de facto być przeniesiony w pozycję instalacji elektrycznych z harmonogramu z załącznika 9b. (pkt. 2.2.1), co niniejszym Przystępujący uczynił.

Z ostrożności należy także powołać, iż nie ma żadnych innych elementów wyposażenia (poza ujętymi w kosztorysach ślepych i pozostającymi do wycenienia adekwatnie przy poszczególnych branżach), dla których aktualizowałaby się konieczność odrębnej wyceny - jak stoi na stanowisku Odwołujący - dla uzupełnienia pozycji „wyposażenie” do której odwołuje się pkt 5.1. z harmonogramu dla C1. I tak, jedyne pojawiające się w materiałach przetargowych odwołanie do odrębnego (poza pozycjami kosztorysu) załącznika z wyposażeniem technologicznym, znajdującego się w folderze 22.C1\_techn\_PDF dokumentacji projektowej TOM-T WW, wyjaśnione zostało przez Zamawiającego poniżej przedstawionymi odpowiedziami, w taki jednoznaczny sposób, iż zakres przedmiotu zamówienia tego wyposażenia nie obejmuje. Np. odpowiedzi Zamawiającego z dn. 23 marca 2012 r. na zapytania 4 i 6:

*"Treść zapytania 4*

*Czy wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW wchodzi w zakres niniejszego przetargu?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Podane informacje dotyczące przyszłego wyposażenia obiektu mają jedynie charakter informacyjny, celem wykonania przez Wykonawcę odpowiednich podejść i podłączeń pod urządzenia.*

*Treść zapytania 6*

*W nawiązaniu do pkt. V'IM SIWZ informujemy, że zamieszczone na Państwa stronie internetowej w nw. plikach rysunki zapisane są w formacie A4, który nie zachowuje rzeczywistej skali rysunków. Z uwagi na konieczność przedmiarowania robót prosimy o udostępnienie nw. plików w formacie DWG, który umożliwi dokonanie rzeczywistych pomiarów:*

*-2.B CO PDF*

*- 5.C1 Arch.Konstr*

*-6. C1\_Inst\_niskopr\_PDF*

*-7.C1\_PW\_CO\_PDF*

*-8.C1\_wod\_kan\_PDF*

*-18.B co PDF*

*Prosimy również o udostępnienie kosztorysów ślepych w programie kosztorysowym NORMA, co w sposób znaczący ułatwi przygotowanie wyceny na przedmiotowy przetarg.*

*Prosimy o udostępnienie projektu wykonawczego Instalacji niskoprądowych dla bud. C-1 oraz uzupełnienie projektu budowlanego dla tego budynku o opis i rysunek techniczny i rysunek T-01 - w udostępnionych materiałach brak tych elementów.*

*Prosimy o potwierdzenie, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi wyposażenie zamieszczone w projekcie technologia - folder 22. C\_tech\_PDF. W przeciwnym wypadku prosimy o wskazanie, które elementy wyposażenia należy ująć w wycenie ofertowej.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający udostępni w/w pliki w formacie dwg, kosztorysy ślepe w formacie ath, a także opis do PW oraz rysunek T-01.*

*Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Podane informacje dotyczące przyszłego wyposażenia obiektu mają jedynie charakter informacyjny, celem wykonania przez Wykonawcę odpowiednich podejść i podłączeń pod urządzenia.*

*oraz odpowiedzi na pytania z dn. 2 kwietnia 2012 r.:*

*„14. 3*

*Czy wyposażenie technologiczne określone w Projekcie Wykonawczym - Wykaz Wyposażenia stanowi zakres zamówienia? Odpowiedź Zamawiającego: Odpowiedź w zapytaniu nr 1 pkt. 6*



*i z dnia 11 kwietnia 2012 r.*

*"Treść zapytania 6*

*Czy w zakresy oferty należy włączyć całość wyposażenia zgodnie z dokumentem pod nazwą "PW Technologia wykaz wyposażenia" ujęte w załączniku 22.C1.ted.pdf. Jeżeli tak, to prosimy o zamieszczenie ww wykazu w formie edytowalnej.*

*Odpowiedź Zamawiającego*

*Odpowiedź zawarta w piśmie z 23.03.2012 (Zapytanie 1) - pkt 6"*

Bezzasadna jest zatem interpretacja Odwołującego wywodząca obowiązek wyceny pozycji 3.2.3 (maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (urządzenia) w harmonogramie z załącznika nr 9a dla budynku C1. Odwołujący zresztą sam nie jest pewien swojej tezy, gdyż zauważa (w treści odwołania pkt 3), że możliwe jest stanowisko odmienne od zaprezentowanego w odwołaniu - choć będącego przecież podstawą zarzutu o niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ - tyle że wówczas koniecznym jest - jak twierdzi - dokonanie poprawy omyłek rachunkowych, czyli wypełnienie przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Przystępujący podnosił, iż takie żądanie Odwołującego nie jest dopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, bowiem wg ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa "omyłka rachunkowa" to omyłka w obliczeniu ceny oferty tj. w przeprowadzeniu rachunków na liczbach, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty tak aby jej stwierdzenie, a tym samym poprawienie, nie wymagało żadnej specjalnej analizy (tak np. wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 30/10). Dalej idąc dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (tak np. wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10).

Zgodnie natomiast z zapisami części XII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający postanowił (za treścią pkt 1) iż Wykonawca ma podać jedynie cenę ryczałtową wyliczoną na podstawie przeprowadzonej przez niego oceny i kalkulacji dla całości przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu posiadanego doświadczenia, wiedzy zawodowej jak i wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Nie ma więc mowy o zasadach czy szczegółach kalkulacji która ewentualnie podlegałaby w tym aspekcie „poprawie”, poza ewentualną weryfikacją działania matematycznego z pkt III formularza oferty - załącznik nr 1 do SIWZ.

Podnoszone przez Odwołującego kwestie dotyczą wyłącznie harmonogramu wstępnego, a nie kalkulacji ceny oferty.

Oczywistym jest także, iż w przedmiotowej sytuacji nie jest wiedzą Zamawiającego jak dokonywała się u Odwołującego kalkulacja obu pozycji 3.2.3 (maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (urządzenia) z harmonogramu z załącznika nr 9a dla budynku C1, ani to z jakich pozycji kosztorysu zostały te wartości „wyciągnięte”, a zatem sugerowanie iż jedynie po odjęciu tych kwot z ceny oferty stanie się ona porównywalna z ofertą Przystępującego jest pozbawione sensu, gdyż właśnie owo działanie proponowane przez Odwołującego ten stan nieporównywalności zapewni, ponieważ wymagany przez Zamawiającego zakres urządzeń i maszyn jest skalkulowany w ofercie Odwołującego (jak wyżej Przystępujący wykazuje).

Powyższe dowodzi iż zarzuty zarówno naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jak i ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp są bezzasadne.

#### Ad zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy

Zarzut błędnego przyjęcia przez Przystępującego stawki podatku VAT w wysokości 23% powodującej błąd w cenie jest również bezzasadny. Faktem jest, iż Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, co w pierwszej kolejności oznaczało to, iż to Wykonawcy zobowiązani byli do indywidualnej oceny rodzaju oferowanej w niniejszym postępowaniu usługi budowlanej dla ewentualnego określenia dopuszczalności zastosowania (także w części) preferencyjnej stawki podatku VAT. A obowiązek Zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT. Potwierdza to także powołana w odwołaniu odpowiedź Zamawiającego z dn. 11 kwietnia 2012 r. (pytanie nr 4 ), który dopuścił stosowanie odmiennej od podstawowej stawki podatku VAT, ale oczywiście nie w oderwaniu od założenia, że oferujący do zastosowania takiej preferencyjnej stawki byłby uprawniony. Ważne jest, iż z treści uzasadnienia do zadanego przez uczestnika postępowania pytania nie sposób wywieść tego, czy zadaje je wykonawca, który jest jednocześnie producentem gazów medycznych, skoro argumentuje dostawę gazów jako uzasadniającą zastosowanie dla tego zakresu stawki 8% VAT, czy też stricte wykonawca robót budowlanych.

Przystępujący, ponieważ nie jest wytwórcą ani dystrybutorem gazów medycznych przyjął jedynie słuszną kwalifikację przedmiotu umowy tj., że wszystkie roboty (prace) które w ramach tego zadania są do wykonania stanowią element usługi budowlanej, która to usługa w całości winna być opodatkowana stawką 23% podatku VAT,

Potwierdza to uzyskana przez Przystępującego dla własnych potrzeb, indywidualna interpretacja wydana w dniu 27 września 2010 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie,

Dowód: indywidualna interpretacja z dn. 27 września 2010 r. wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie sygn. IPPP2-443-479/10-2/KG.

Bez żadnych zatem wątpliwości, jeśli wykonawca nie jest podmiotem będącym producentem, dystrybutorem wyrobów medycznych, nie będzie też na przedmiotowej inwestycji wykonywał samodzielnej usługi montażu instalacji gazów medycznych, natomiast świadczyć będzie usługi budowlane, zgodnie z założeniem stanowiącym podstawę załączonej do przystąpienia interpretacji podatkowej, najistotniejsze dla prawidłowego określenia wysokości podatku VAT w przypadku wykonywania robót budowlanych, remontowych, instalacyjnych jest dla niego precyzyjne zidentyfikowanie obiektu, którego te roboty dotyczą.

Stan sprawy nie można zatem sprowadzić do dopuszczenia przez Zamawiającego swobody w kształtowaniu stawki VAT, a zatem i dowolnego rozdzielenia wynagrodzenia, gdyż w przypadku Przystępującego (co udowadnia m.in. załączona interpretacja podatkowa) dopiero zapisanie odrębnej stawki na część dot. instalacji gazów w wysokości 8% byłoby błędem w cenie oferty, także dlatego iż takie wyodrębnienie nie zmienia charakteru świadczonej usługi, która pozostaje w całości usługą budowlaną.

Reasumując, skoro wykonanie instalacji gazów medycznych odbywa się w procesie świadczenia usługi budowlanej polegającej na rozbudowie szpitala, to jako część składowa robót budowlanych dla jej opodatkowania właściwą stawką, którą zastosował Przystępujący, będzie podstawowa, tj. 23%.

Mając na uwadze powyższe, bez wnikania w tym miejscu w podstawy zakwalifikowania przez Odwołującego instalacji gazów medycznych do zastosowania preferencyjnej stawki VAT, stwierdzić należy iż cena oferty obliczona przez Przystępującego nie zawiera błędu, bo uwzględnia jedynie słuszną z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia i zakresu przedmiotu działalności Przystępującego, 23% stawkę podatku VAT. Co najwyżej, jak powołuje Przystępujący z ostrożności procesowej, błąd tkwi w cenie oferty Odwołującego, jeśli nie ma on uzasadnienia dla zastosowania obniżonej stawki podatku,

Złożone przez Odwołującego odwołanie powinno być w całości oddalone, mając na uwadze argumenty powołane w przystąpieniu, o co niniejszym Przystępujący wnosił.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

*Izba ustaliła następujący stan faktyczny.*

Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (rozdział III.pkt 2 str. 4 SIWZ) przewidział, iż obejmuje ono m.in.

*"Dostawa i montaż urządzeń:*

- dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dźwigowych,*
- dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych,*
- dostawa, montaż i uruchomienie agregatu prądotwórczego ze zbiornikami paliwa".*

Zamawiający określił następujący wymóg w zakresie wiedzy i doświadczenia (SIWZ rozdział V pkt 1.2. po modyfikacji z 25 kwietnia 2012 r.):

*"(...) wykonanie z należytą starannością co najmniej 5 robót budowlanych (budowy lub przebudowy o podobnym charakterze) w obiektach opieki zdrowotnej - każda o wartości nie niższej niż 5 000 000,00 zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 8000m<sup>3</sup> (w tym trzy roboty których zakres obejmował także budowę lub przebudowę bloków operacyjnych), w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

*Oceny spełnienia tego warunku Zamawiający dokona na podstawie dokumentów określonych w części VI.A) pkt.1 oraz pkt. 2 i 3 SIWZ, z zastrzeżeniem pkt. 2 w części V SIWZ".*

SKANSKA w złożonej ofercie przedstawiła wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 1 zamieszczone została inwestycja budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie. SKANSKA w złożonym wykazie wskazała, iż przedmiotowa inwestycja była realizowana w okresie od 12.09.1983 r. do 10.12.2009 r. Z przedłożonej referencji wydanej na rzecz SKANSKA (s. 20-24 oferty) wynika, iż inwestycja była realizowana na podstawie umowy nr 786/84 wraz z aneksami na kolejne etapy budowy.

W SIWZ (rozdział X pkt 16 lit. j) Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego z podziałem na obiekty B1, C1 i miesiące realizacji wg załącznika nr 9 a do SIWZ. W załączniku nr 9a dla budynku C-1 Zamawiający zawarł m.in. pozycje: 3.2.3 (Maszyny i urządzenia) oraz 5.1. (Urządzenia).

W wyjaśnieniach z 2 kwietnia 2012 r. Zamawiający wskazał:

"12.4

*Prosimy o wyspecyfikowanie, jakie urządzenia należy ująć w harmonogramie w poz. 4.2.3 „Maszyny i urządzenia” oraz w poz. 6.4 „Urządzenia”.*

*Jednocześnie prosimy potwierdzenie, że wzór harmonogramu (zał. 9a, dla którego nie został oznaczony obiekt) – dotyczy budynku głównego C-1.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*W poz. 3.2.3. [maszyny i urządzenia ] oraz 5.1 [urządzenia] należy przyjąć „0”.*

W załączonym do wyjaśnień załączniku nr 9a wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy pozostała pozycja 3.2.3 (Maszyny i urządzenia) i 5.1 (Urządzenia).

Wraz z wyjaśnieniami z 11 kwietnia 2012 r. Zamawiający udostępnił edytowalną wersję załącznika nr 9a, która także zawierała pozycje 3.2.3 i 5.1.

W dniu 25 kwietnia 2012 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie:

1. Część IV SIWZ: TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA,
2. Część V SIWZ pkt. 1 ppkt. 1.2 i 1.4 WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW pkt. 1 ppkt 1.2 i 1.4 - wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej,
3. Część VIII SIWZ WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM pkt. 1,
4. Część XI SIWZ MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT pkt. 1 i 3 ,
5. Część XIII SIWZ - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT,
6. Część XIV SIWZ INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE POWINNY ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO pkt. 6,
7. Załącznik nr 1 do SIWZ FORMULARZ OFERTY – FORMULARZ CENOWY,
8. Załącznik nr 9a do SIWZ,
9. Załącznik nr 9b do SIWZ,
10. Załącznik nr 10 do SIWZ - projekt umowy.

Załączony zmodyfikowany załącznik nr 9a zawierał tak jak jego wersje poprzednie pozycje 3.2.3 i 5.1. Modyfikacja załącznika uwzględniała zmianę terminu wykonania zamówienia. Zamawiający modyfikacją z 25 kwietnia 2012 r. nie dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

W zakresie zestawów nadłóżkowych Zamawiający wyjaśniał:

wyjaśnienia z 23 marca 2012 r.

"Treść zapytania 4

*Czy wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW wchodzi w zakres niniejszego przetargu?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Podane informacje dotyczące przyszłego wyposażenia obiektu mają jedynie charakter informacyjny, celem wykonania przez Wykonawcę odpowiednich podejść i podłączeń pod urządzenia.*

*Treść zapytania 6*

*W nawiązaniu do pkt. VII.4 SIWZ informujemy, że zamieszczone na Państwa stronie internetowej, w nw. plikach rysunki zapisane są w formacie A4, który nie zachowuje rzeczywistej skali rysunków. Z uwagi na konieczność przedmiarowania robót prosimy o udostępnienie nw. plików w formacie DWG, który umożliwi dokonanie rzeczywistych pomiarów:*

- 2.B CO PDF*
- 5.C1 Arch.Konstr*
- 6. C1\_Inst\_niskopr\_PDF*
- 7.C1\_PW\_CO\_PDF*
- 8.C1\_wod\_kan\_PDF*
- 18.B co PDF*

*Prosimy również o udostępnienie kosztorysów ślepych w programie kosztorysowym NORMA, co w sposób znaczący ułatwi przygotowanie wyceny na przedmiotowy przetarg.*

*Prosimy o udostępnienie projektu wykonawczego Instalacji niskoprądowych dla bud. C-1 oraz uzupełnienie projektu budowlanego dla tego budynku o opis i rysunek techniczny i rysunek T-01 – w udostępnionych materiałach brak tych elementów.*

*Prosimy o potwierdzenie, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi wyposażenie zamieszczone w projekcie technologia – folder 22. C\_tech\_PDF. W przeciwnym wypadku prosimy o wskazanie, które elementy wyposażenia należy ująć w wycenie ofertowej.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający udostępni w/w pliki w formacie dwg, kosztorysy ślepe w formacie ath, a także opis do PW oraz rysunek T-01.*

*Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW poza ujętymi w kosztorysach, nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. Podane informacje dotyczące przyszłego wyposażenia obiektu mają jedynie charakter informacyjny.*

celem wykonania przez Wykonawcę odpowiednich podejść i podłączeń pod urządzenia.(podkreślenie Izby).

wyjaśnienia z 2 kwietnia 2012 r.

"8.3

*W opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ ( pkt. III – Opis Przedmiotu Zamówienia, ppkt. 2 – Zakres robót, Dostawa i montaż urządzeń-str. 4) wyszczególniona jest dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych.*

*Natomiast w opisie do Projektu Technologii (pkt. 13-Wytyczne branżowe, ppkt 13.5 – Wymagania w zakresie instalacji elektrycznych- II, III i IV Piętro – Pokoje Łóżkowe – str. 43) napisane jest „Rezygnacja z zestawów nadłóżkowych (notatka z 17-03-2011r.)”.*

*Prosimy o potwierdzenie, że zestawy nadłóżkowe nie wchodzą w zakres.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający potwierdza, że zestawy nadłóżkowe na piętrach II, III, IV nie wchodzą w zakres.*

wyjaśnienia z 11 kwietnia 2012

*"Treść zapytania 1*

*W nawiązaniu do pkt. VII SIWZ prosimy o odpowiedź na następujące pytania:*

*1.1*

*ISTALACJA GAZÓW MEDYCZNYCH*

*Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dn. 23.03.2012r.:*

*„Treść zapytania 4*

*Czy wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM –T WW wchodzi w zakres niniejszego przetargu?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający wyjaśnia, iż wyposażenie ujęte w technologii medycznej TOM-T WW poza ujętymi w kosztorysach nie wchodzi w zakres niniejszego przetargu. ...”*

*(...)*

*4.32*

*W SIWZ (strona 4) w punkcie III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w punkcie 2. Zakres robót obejmuje: Dostawa i montaż urządzeń: zapisano: „-dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych”. Na rysunkach gazów medycznych w pokojach chorych nr:*

*- 4.43, 4.40, 4.38, 4.35, 4.32 (rysunek nr GM 06)*

*- 4.41, 5.38, 5.37, 5.37, 5.34, 5.33, 5.30 (rysunek nr GM 07)*

- 6.43, 6.40, 6.39, 6.38, 6.35, 6.32, 6.09 (rysunek nr GM 08)

oraz pokojach 1-łóżkowych matki z dzieckiem do 3 lat nr:

- 4.10, 4.12 (rysunek nr GM 06)

*zaznaczono tylko punkty poboru tlenu i próżni. W przedmiarach brak zestawów nadłożkowych. Czy zestawy nadłożkowe dla pokoi chorych i 1-łóżkowych są przedmiotem zamówienia?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Odpowiedź zawarta w piśmie z dnia 02.04.2012r (Zapytanie - 2) - pkt. 8.3*

4.33

*Na rysunkach gazów medycznych w izolatkach nr:*

- 4.15 (rysunek nr GM 06)

- 5.14 (rysunek nr GM 07)

- 6.15 (rysunek nr GM 08)

*zaznaczono tylko punkty poboru tlenu, próżni i sprężonego powietrza. W przedmiarach brak zestawów nadłożkowych. Czy zestawy nadłożkowe dla izolatek są przedmiotem zamówienia?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*W/w zestawy nie są przedmiotem zamówienia*

4.34

*Jeśli zestawy nadłożkowe dla pokoi chorych, 1-łóżkowych i izolatek są przedmiotem zamówienia , to prosimy o potwierdzenie, że zestawy nadłożkowe mają być wyposażone w punkty poboru zgodnie z rysunkami gazów medycznych.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Odpowiedź jak w pkt. 4.33*

4.35

*Jeśli zestawy nadłożkowe dla pokoi chorych, 1-łóżkowych i izolatek są przedmiotem zamówienia, to prosimy o potwierdzenie, że pozostałe wyposażenie zestawów nadłożkowych należy wycenić zgodnie z wyposażeniem podanym w Opisie Technicznym gazów medycznych (strona 4).*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Odpowiedź jak w pkt. 4.33*

4.36

*Jeśli zestawy nadłożkowe dla pokoi chorych, 1-łóżkowych i izolatek są przedmiotem zamówienia , to prosimy o potwierdzenie, że podłączenie elektryczne zestawów nadłożkowych oraz pomiary elektryczne zestawów nadłożkowych leżą po stronie branży elektrycznej.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*



Odpowiedź jak w pkt. 4.33

(...)

*Treść zapytania 6*

*Czy w zakres oferty należy włączyć całość wyposażenia zgodnie z dokumentem pod nazwą „PW Technologia wykaz wyposażenia” ujęte w załączniku 22.C1.tech.pdf. Jeżeli tak, to prosimy o zamieszczenie ww wykazu w formie edytowalnej.*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Odpowiedź zawarta w piśmie z dnia 23.03.2012r (Zapytanie - 1) - pkt. 6"*

SKANSKA w swojej ofercie w załączniku nr 9a w pozycjach 3.2.3 i 5.1. wpisała "0".  
Odwołujący natomiast dokonał wyceny w obu pozycjach.

W załączniku nr 1 do SIWZ formularz oferty - formularz cenowy w pkt III Cena oferty  
Zamawiający wymagał:

"III. CENA OFERTY:

Cena oferty obliczona zgodnie z częścią XII SIWZ

Cena ofertowa netto: ..... zł (słownie .....)

plus podatek VAT w kwocie: ..... zł (słownie: .....)

cena ofertowa brutto: ..... zł (słownie: .....)."

W wyjaśnieniach z 11 kwietnia 2012 r. podał:

"*Treść zapytania 4*

*Prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytania – DOTYCZY GAZÓW MEDYCZNYCH*

*4.1*

*Czy Zamawiający dopuści zastosowanie podatku VAT 8% w ofercie na instalację gazów medycznych i pozwoli na określenie ceny ofertowej w rozbiciu na elementy robót objęte stawką 23% i 8%*

*Cena netto (instalacja gazów medycznych) .....zł*

*Stawka VAT (instalacja gazów medycznych) 8%*

*Cena netto (zadanie budowlano-instalacyjne) .....zł*

*Stawka VAT (zadanie budowlano-instalacyjne) 23%*

*Cena netto na wykonanie zadania (ogółem) .....zł*

*Cena brutto na wykonanie zadania (ogółem) .....zł*

*Systemy rurociągowy dla gazów medycznych są wyrobem medycznym podlegającym zgłoszeniu do Rejestru Wyrobów Medycznych w oparciu o Dyrektywę Medyczną Unii*

*Europejskiej 93/42/EEC. Oznacza to, że dostawa instalacji gazów medycznych (systemu rurociągowego dla gazów medycznych) uznanych za wyrób medyczny podlega opodatkowaniu stawką wysokości 8% (na podstawie art. 41 ust.2 ustawy o VAT). Możliwość przedstawienia ceny oferty z wyszczególnieniem dwóch stawek VAT pozwoli na zmniejszenie kosztów zadania inwestycyjnego?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Tak, dopuści."*

SKANSKA w swojej ofercie zastosowała jednolitą stawkę VAT - 23%.

W związku z powyższą odpowiedzią nie nastąpiła modyfikacja załącznika nr 1 formularz oferty - formularz cenowy.

Zamawiający dokonał wyboru oferty SKANSKA, ustalając, iż w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą. Ofertę Odwołującego sklasyfikowano jako drugą.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje.***

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis. Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione na posiedzeniu przed Izbą, iż przedmiotowe zamówienie, pomimo braku takiej adnotacji w protokole postępowania, jest zamówieniem udzielanym w częściach, a łączna wartość szacunkowa wszystkich części przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamawiający oświadczył, iż dokumenty potwierdzające tę okoliczność znajdują się w siedzibie Zamawiającego. Tym samym także w zakresie przedmiotowego zamówienia, choć jego wartość szacunkowa ustalona została na kwotę 17 241 088,28 zł, co stanowi równowartość 4 289 254,72 euro, a zatem poniżej progu 5 000 000 euro dla robót budowlanych, Zamawiającego obciążał obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i stosowanie reżimu prawnego przewidzianego dla zamówień powyżej progów. Izba uwzględniła także okoliczność, iż Zamawiający zobowiązał się do poprawienia błędu w protokole postępowania odnośnie nieodnotowania faktu udzielania zamówienia w częściach. Izba uznaje, iż w świetle powyższej deklaracji Zamawiający winien dokonać stosownej modyfikacji protokołu postępowania w celu doprowadzenia go do zgodności ze stanem faktycznym, na który powołał się w toku postępowania przed Izbą i który stał się podstawą dla ustalenia prawidłowości publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i przyjętego trybu prowadzenia postępowania (postępowanie powyżej progów), co z kolei warunkowało merytoryczne rozpoznanie

odwołania. Izba przyjęła, iż nie pełni funkcji kontrolnych wobec Zamawiającego, a złożenie stosownego oświadczenia wraz ze zobowiązaniem do modyfikacji protokołu postępowania należy uznać w tej mierze za wystarczające.

Odwołujący spełnia także przesłanki warunkujące wniesienie odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert (cena oferty i termin realizacji zamówienia). Tym samym potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu wraz z jego modyfikacjami, SIWZ z modyfikacjami, wyjaśnienia do SIWZ z dnia 23 marca 2012 r., 2 kwietnia 2012 r., 11 kwietnia 2012 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (obejmujące indywidualną interpretację podatkową z dnia 27 września 2010 r. IPPP2-443-479/10-2/KG, złożone na rozprawie kopie dokumentów: umowa z dnia 2 stycznia 1984 r. nr 786/84 pomiędzy Wojewódzką Dyрекcją Rozbudowy Miast i Osiedli Wiejskich w Koninie a Poznańskim Przedsiębiorstwem Budownictwa Przemysłowego Nr 1 w Poznaniu, dokumenty potwierdzające następstwo prawne pomiędzy Przedsiębiorstwem Budownictwa Przemysłowego Nr 1 w Poznaniu a SKANSKA, Aneks nr 2/2008 do umowy nr 786/84 zawarty pomiędzy Wojewódzką Dyрекcją Inwestycji w Koninie a SKANSKA, protokół odbioru końcowego z 16 grudnia 2009 r. dotyczący części zadania objętego umową Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie - Blok B - trakt operacyjny, Blok E - sala wybudzeń z zapleczem, informacja dotycząca realizacji budowy Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie podpisana przez kierownika budowy w latach 1999-2009, pismo SKANSKA z 11 maja 2012 r. do Urzędu Statystycznego w Łodzi wraz z odpowiedzią z 23 maja 2012 r., interpretacja ogólna z dnia 30 marca 2012 r. PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 dotycząca opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia, fragment dokumentacji projektowej piętro V blok operacyjny.

Izba uznała skuteczność przystąpienia SKANSKA do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na spełnienie przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty podnoszone w treści odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SKANSKA z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, iż zarzut jest bezzasadny. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą *iuris cogentis*. Oznacza to, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. Tym samym dla skutecznego powołania się na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dowiedzenie poza wszelką wątpliwością, iż wykonawca podał informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy), a ponadto mają one wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania). Postępowanie odwoławcze prowadzone przed Izba ma charakter kontradyktoryjny i to na stronach spoczywa obowiązek dowodowy. W niniejszej sprawie uznać należy, iż Odwołujący ciężarowi dowodowemu nie sprostał. W postępowaniu odwoławczym nie jest bowiem jego rolą sygnalizowanie wątpliwości dotyczących treści oferty innego wykonawcy, lecz przedstawienie stosownych dowodów, zwłaszcza gdy podnosi zarzut złożenia nieprawdziwych informacji skutkujący koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania bez możliwości zastosowania procedury uzupełnienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W treści odwołania Odwołujący podnosił, iż w jego ocenie nie sposób uznać, aby budowa obiektu szpitalnego była wykonywana w tak długim okresie (SKANSKA wskazała jako termin realizacji: 12.09.1983 r. - 10.12.2009 r.), zatem przyjąć należy, iż wymagany warunkiem udziału zakres tj. budowa lub przebudowa bloku operacyjnego nie został zrealizowany w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. W toku postępowania przed Izba podnosił również, iż stroną umowy nr 786/84, która zgodnie z treścią referencji wraz z aneksami była podstawą wykonania tej inwestycji, było

Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 1 w Poznaniu, zaś SKANSKA nie wykazała następstwa prawnego, które upoważniałoby ją do powołania się na przedmiotową realizację jako doświadczenie własne. Na dowód swego twierdzenia Odwołujący przedłożył umowę nr 786/84 w jej historycznej wersji.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Na podstawie samej długości trwania inwestycji wskazanej w wykazie Zamawiający nie jest zobligowany ani do żądania wyjaśnień, ani uznania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, czy też nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy bowiem zauważyć, iż z punktu widzenia Zamawiającego miarodajną dla oceny, czy spełniony jest wymóg wykonania robót budowlanych w terminie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, jest data zakończenia realizacji inwestycji, a nie jej rozpoczęcia. Inwestycja wskazana w poz. 1 wykazu znajdującego się w ofercie SKANSKA zakończyła się 10 grudnia 2009 r., co niewątpliwie mieści się w wymaganym okresie. Na dowód powyższego SKANSKA przedstawiła protokół odbioru robót, który jednoznacznie i bez wątplenia potwierdza zakończenie robót w grudniu 2009 r. Protokół ten potwierdza także, iż po stronie wykonawcy występowała SKANSKA, toteż zasadnym jest powoływanie się przez tego wykonawcę na przedmiotową inwestycję. Podobnie referencja zawarta w ofercie SKANSKA wystawiona była na rzecz SKANSKA jako Generalnego Wykonawcy. Odwołujący dla wykazania swojego stanowiska przedstawił jedynie historyczną wersję umowy nr 786/84, pomimo iż posiadał świadomość tego, że umowie towarzyszyły aneksy. Brak przedstawienia aneksów czyni dowód niepełnym, gdyż nie prezentuje rzeczywistej i ostatecznej treści umowy. Tym samym nie może też stanowić wystarczającego potwierdzenia, iż zakres inwestycji wymagany przez Zamawiającego nie został zrealizowany w ciągu ostatnich pięciu lat. Jest to jedynie przypuszczenie Odwołującego nie poparte żadnym dowodem. Ponadto należy zwrócić uwagę na treść warunku *"(...) wykonanie z należytą starannością co najmniej 5 robót budowlanych (budowy lub przebudowy o podobnym charakterze) w obiektach opieki zdrowotnej - każda o wartości nie niższej niż 5 000 000,00 zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 8000m<sup>3</sup> (w tym trzy roboty których zakres obejmował także budowę lub przebudowę bloków operacyjnych), w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...)*. Wynika z niego jednoznacznie, iż koniecznym jest wykazanie się trzema robotami budowlanymi wykonanymi w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, których zakres obejmował także budowę lub przebudowę bloków operacyjnych. Tym samym to robota budowlana ma być wykonana we wskazanym okresie (ukończona), ale wykonawca nie musi wykazywać, kiedy zrealizował wymagany zakres (budowa lub przebudowa bloków operacyjnych). Powyższe

dotyczy dookreślenia rodzaju oczekiwanego doświadczenia (roboty budowlane obejmujące budowę lub przebudowę bloków operacyjnych), a nie terminu wykonania tego zakresu. Ponadto z przedstawionej przez SKANSKA informacji wynika, że w roku 2009 nastąpiło przekazanie Oddziałów Łóżkowych Blok A - prawa strona, wraz z blokiem sal operacyjnych - Blok B - I piętro i SOR-em - Blok C - parter. Także protokół odbioru końcowego z grudnia 2009 r. wskazuje na zakres odbieranego obiektu: Blok B – trakt operacyjny, Blok E – sala wybudzeń z zapleczem. Powyższe jednoznacznie podważa wątpliwości Odwołującego. Z kolei przedłożony przez SKANSKA Aneks nr 2 jednoznacznie wskazuje, iż wartość prac na sam rok 2008 wyniosła ponad 20 milionów złotych brutto. Co do zarzucanego braku tożsamości pomiędzy podmiotem podpisującym umowę nr 786/84 a SKANSKA, uznać należy, iż Odwołujący nie przedstawił miarodajnego dowodu, który podważałby możliwość powołania się przez SKANSKA na przedmiotową inwestycję, pomimo iż podmiot ten uzyskał stosowne referencje. Jak było to już wskazane, takim dowodem nie jest historyczna treść umowy nr 786/84. Już tylko ta okoliczność (tj. brak dowodów) uzasadniałaby przyjęcie, iż zarzut podnoszony przez Odwołującego się nie potwierdził. Należy jednak podkreślić, iż dokumenty przedstawione przez SKANSKA obrazujące następstwo prawne pomiędzy podmiotem podpisującym umowę - Przedsiębiorstwem Budownictwa Przemysłowego Nr 1 w Poznaniu a SKANSKA obalają w sposób jednoznaczny podnoszone przez Odwołującego wątpliwości. Uwzględniając powyższe, Odwołujący w żadnym razie nie dowiódł, aby SKANSKA w poz. 1 wykazu, powołując się na wskazaną tam inwestycję, złożyła nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a zatem by doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania podnosił, iż konsekwencją uznania, iż SKANSKA złożyła nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i wykluczenia wykonawcy z tej przyczyny jest także uznanie, iż SKANSKA nie wykazała spełnienia postawionego ww. warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Posługując się zatem logiką przyjętą przez Odwołującego, uznać należy, iż skoro zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie potwierdził się, brak jest także przesłanek dla uznania, iż naruszony został art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Równocześnie jednak Odwołujący z ostrożności na wypadek niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podnosił, iż Zamawiający zobowiązany jest wszcząć procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnośnie uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Izba zauważa, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli

wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący nie wskazał żadnych przesłanek, które uzasadniałyby konieczność takiego wezwania, gdyż nie dowiódł wadliwości inwestycji wykazanej w pozycji 1 wykazu SKANSKA na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako nieodpowiadającej treści SIWZ, gdyż wykonawca ten nie dokonał w załączniku nr 9a do SIWZ wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy wyceny w pozycji 3.2.3 (maszyny i urządzenia) i 5.1. (urządzenia) pomimo istnienia takiego obowiązku, a zatem nie objął zakresem swojej oferty pełnego przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego, iż na podstawie modyfikacji SIWZ z 25 kwietnia 2012 r. dotyczącej załącznika nr 9a do SIWZ Zamawiający anulował wcześniejsze wyjaśnienie SIWZ z dnia 2 kwietnia 2012 r., w którym wskazał: "*W poz. 3.2.3. [maszyny i urządzenia] oraz 5.1 [urządzenia] należy przyjąć „0”, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Modyfikacja SIWZ z 25 kwietnia 2012 r. nie dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia. Załącznik nr 9a do SIWZ uległ zmianie w związku ze zmianą terminu realizacji zamówienia, która "wymusiła" odpowiednie dostosowanie wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego zamówienia. W zakresie pozycji 3.2.3 i 5.1. Zamawiający nie dokonywał żadnych modyfikacji. Należy zauważyć, iż także poprzednio udostępnione wersje załącznika 9a do SIWZ (tj. dokumenty załączone do wyjaśnień z 2 i 11 kwietnia 2012 r.) zawierały sporne pozycje, pomimo iż Zamawiający jednoznacznie wypowiedział się co do sposobu wypełnienia załącznika nr 9a do SIWZ w pozycjach 3.2.3 i 5.1. Nie sposób znaleźć racjonalnego uzasadnienia, z jakich względów stanowisko Zamawiającego miałyby ulec zmianie po modyfikacji SIWZ z 25 kwietnia 2012 r., która w ogóle nie odnosiła się do zakresu ujętego w pozycjach 3.2.3 i 5.1 załącznika nr 9a do SIWZ.*

Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż zastosowanie się przez SKANSKA do wyjaśnień Zamawiającego, co do sposobu wypełnienia pozycji 3.2.3 i 5.1 wstępnego harmonogramu, tj. wpisanie pozycji "0", oznacza niezaoferowanie istotnego zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawca wymagany zakres winien bowiem wycenić w innych pozycjach. Z wyjaśnień zawartych w przystąpieniu jednoznacznie wynika, iż wycena taka została przez wykonawcę SKANSKA dokonana, a Odwołujący nie dowiódł, iż nie była

ona wiarygodna czy zasadna. Należy bowiem podkreślić, iż Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zawarł wytycznych, jak wypełnić pozycje 3.2.3 i 5.1, a i sam Odwołujący nie zdołał wskazać postanowień SIWZ, które by na to wskazywały poza odwołaniem się do ogólnego postanowienia rozdziału III SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek Izba uznała, iż zarzut ten się nie potwierdził.

Odwołujący podnosił, iż gdyby uznać, iż treść SIWZ nie nakładała obowiązku wyceny i uwzględnienia w cenie ofertowej wartości pozycji 3.2.3 [maszyny i urządzenia] oraz 5.1 [urządzenia], to w odniesieniu do oferty Odwołującego zachodzi konieczność dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem wycenił w złożonej ofercie poz. 3.2.3 i 5.1 harmonogramu. Stanowisko powyższe nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż dokonanie w treści harmonogramu wyceny ww. pozycji nie może być utożsamiane z oczywistą omyłką rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Słusznie zauważała SKANSKA, iż "omyłka rachunkowa" to omyłka w obliczeniu ceny oferty tj. w przeprowadzeniu rachunków na liczbach, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty tak, aby jej stwierdzenie, a tym samym i poprawienie, nie wymagało żadnej specjalnej analizy (tak np. wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 30/10). Dalej idąc dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (tak np. wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10). Np. w wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt 20/09 stwierdzono: "(...) Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji." Oczywistą jest omyłka rachunkowa, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości (tak wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 62/09). W ocenie Izby takiego charakteru nie ma z pewnością wypełnienie we wstępnym harmonogramie rzeczowo-finansowym i wycenienie pozycji, które zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego nie miały być w nim ujęte. Nie jest to bowiem błąd rachunkowy wynikający z wadliwego przeprowadzenia działań arytmetycznych, lecz dokonanie wyceny elementów realizacji zamówienia. Słusznie zauważał wykonawca SKANSKA, iż nie sposób ustalić, w jaki sposób



Odwołujący dokonywał wyceny i jakie elementy zostały przez niego ujęte w spornych pozycjach. Ewentualne wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie pozostałyby zatem nieweryfikowalne dla Zamawiającego. Ustalenie tej okoliczności w oparciu o inne dokumenty złożone wraz z ofertą nie jest możliwe, gdyż Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowych kosztorysów, porzeczając na tym etapie na formularzu oferty i wstępnym harmonogramie rzeczowo-finansowym. Należy także zauważyć, iż w przedmiotowym przypadku nie sposób uznać, iż właściwe jest wpisanie "0" w miejsce dokonanej wyceny, gdyż zakres przedmiotowy powoływany przez Odwołującego, który w jego opinii powinien znaleźć odzwierciedlenie w pozycji 3.2.3 i 5.1. (dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dźwigowych, dostawa i montaż zestawów nadłóżkowych, dostawa, montaż i uruchomienie agregatu prądotwórczego ze zbiornikami paliwa) częściowo jest objęty przedmiotem zamówienia (dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń dźwigowych, montaż i uruchomienie agregatu prądotwórczego ze zbiornikami paliwa), zatem elementy te winny być wycenione. Skoro zatem wykonawca nie uczynił tego w innych pozycjach harmonogramu (a nie podnosił takiej argumentacji, co więcej podawał, jakie elementy uwzględnił w wycenionych pozycjach 3.2.3 i 5.1.), tym bardziej nie jest możliwe dokonanie poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe zdecydowanie wykracza poza zakres poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Zamawiający dokonałby bowiem ingerencji w strukturę wyceny dokonaną przez Odwołującego, w oparciu o którą skalkulował cenę ryczałtową realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, gdyż w ofercie SKANSKA cena ofertowa została skalkulowana z uwzględnieniem jednolitej stawki podatku VAT - 23%, Izba uznała za bezzasadny. Odwołujący w treści odwołania nie wskazywał, iż poprzez wyjaśnienie SIWZ z 11 kwietnia 2012 r. Zamawiający ustalił jako wiążącą dla wykonawców stawkę podatku VAT – 8% dla instalacji gazów medycznych oraz stawkę podatku VAT 23% - dla zadania budowlano-instalacyjnego. Powoływał bowiem, że *„mimo nie wskazania przez Zamawiającego właściwej obowiązującej stawki podatku VAT, do czego był uprawniony (...), nie zmienia to faktu, że to Wykonawca winien każdorazowo określić stawki i kwoty podatku VAT w ramach zaoferowanej ceny (art. 106 ustawy o VAT)”*. Tym samym Odwołujący potwierdzał, iż ciężar ustalenia stawki podatku VAT spoczywał na wykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający poprzez wyjaśnienie z 11 kwietnia 2012 r. nie narzucił stawki podatku VAT, która byłaby obowiązująca w przedmiotowym postępowaniu. Dopuszczając zastosowanie dwóch stawek, nie dokonał równocześnie modyfikacji formularza oferty, w którym podanie stawki VAT w ogóle nie było wymagane. Należało jedynie określić kwotę tego podatku, jak również podać kwotę netto i brutto. Stawek podatku VAT nie wymagał także we wstępnym

harmonogramie rzeczowo-finansowym (załącznik nr 9a), gdzie należało podać ceny brutto. Zamawiający mocą SIWZ wraz z wyjaśnieniem z 11 kwietnia 2012 r. pozostawił zatem podjęcie stosownej decyzji wykonawcom, przy czym dopuścił, lecz nie zobligował do tego wykonawców, złożenie oferty ze stawkami podatku VAT 8% i 23%, nie określając jednak warunków takiego dopuszczenia, co może być utożsamione z pozostawieniem w tym zakresie decyzji wykonawcom co do tego, czy spełniają wymogi dla takiej kwalifikacji, co z kolei mogło następnie podlegać weryfikacji w toku badania i oceny ofert. Wykonawcy takiej konstrukcji SIWZ nie kwestionowali w drodze środków ochrony prawnej. To czy konstrukcja ta jest właściwa, nie podlega też ocenie na obecnym etapie tj. postępowania odwoławczego dotyczącego prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy jednak zauważyć, że spoczywający na wykonawcy obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku od towarów i usług może podlegać ocenie wyłącznie przy uwzględnieniu ustalonych przez zamawiającego postanowień SIWZ oraz wyjaśnień treści SIWZ. Skoro zatem Zamawiający nie przesądził prawidłowości stawki podatku VAT, ocenie Izby podlega tylko dopuszczalność złożenia przez SKANSKA oferty, gdzie cena ofertowa brutto została obliczona w oparciu o stawkę podatku VAT 23%. Na dowód słuszności stanowiska, iż jedynie obliczenie ceny ofertowej w oparciu o stawkę podatku VAT 8% - dla instalacji gazów medycznych i 23% dla pozostałego zakresu jest prawidłowe Odwołujący powołał się na okoliczność, iż dostawa instalacji gazów medycznych (systemu rurociągowego dla gazów medycznych) podlega opodatkowaniu stawką VAT 8% jako dostawa wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych (na podstawie art. 5 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 2 w zw. załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług). Na poparcie swojej argumentacji przedstawił interpretację ogólną z dnia 30 marca 2012 r. PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 dotyczącą opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia, zgodnie z którą w takich okolicznościach dostawa wyrobu medycznego objęta będzie stawką 8%, zaś roboty budowlane 23%. W treści interpretacji odwołano się do orzecznictwa NSA dotyczącego sposobu opodatkowania dostawy sprzętu medycznego i prac przystosowujących pomieszczenia jako dwóch oddzielnych świadczeń podlegających odrębnemu opodatkowaniu. Odwołujący nie dysponował interpretacją indywidualną, która potwierdzałaby słuszność jego stanowiska. Taką interpretacją odnoszącą się do stanu faktycznego analogicznego do niniejszej sprawy (robót budowlanych, w ramach których należało wykonać instalację gazów medycznych) dysponowała natomiast SKANSKA i składając ofertę, przedmiotową interpretację uwzględniła. Ponadto SKANSKA przedstawiła stanowisko Urzędu Statystycznego w Łodzi, zgodnie z którym wymienione w piśmie z 11 maja 2012 r. roboty instalacyjne związane z wykonaniem systemów rurociągowych gazów medycznych w budynkach służby zdrowia

mieszczą się w grupowaniu PKWiU 43.22.20.0 „Roboty związane z wykonywaniem instalacji gazowych”. W piśmie z 11 maja 2012 r. SKANSKA wskazywała m.in., iż system rurociągowy do gazów medycznych jest wyrobem medycznym, wykonanie tej instalacji następuje na podstawie umów o roboty budowlane, gdzie wykonanie instalacji gazów medycznych następuje w związku z pracami budowlanymi (np. remontem, budową lub przebudową szpitala), SKANSKA nie zawiera odrębnych umów, których przedmiotem byłoby wyłącznie wykonanie instalacji gazów medycznych, nie jest też producentem ani dystrybutorem instalacji gazów medycznych, zaś dla wykonania instalacji zatrudnia wyspecjalizowane podmioty. Zapytaniem objęta była m.in. okoliczność, czy wszystkie czynności składające się na wykonanie systemu rurociągowego do gazów medycznych należy traktować jako jedną dostawę towaru (wyrobu medycznego), jakim jest kompletna i zdatna do użytku instalacja gazów medycznych. Wątpliwość SKANSKA dotyczyła także tego, czy wykonanie instalacji gazów medycznych stanowi część usługi budowlanej, która powinna być sklasyfikowana w grupowaniu dotyczącym usług budowlanych oraz czy fakt, że wykonanie instalacji gazów medycznych następuje w ramach umów o roboty budowlane ma znaczenie dla klasyfikacji świadczenia polegającego na wykonaniu instalacji gazów medycznych. Należy zatem uznać, iż udzielając odpowiedzi, do jakiego grupowania /grupowań PKWiU należy zaliczyć wykonanie systemów rurociągowych do gazów medycznych na podstawie umów o roboty budowlane, Urząd Statystyczny w Łodzi miał pełną wiedzę na temat okoliczności faktycznych, które należało wziąć pod uwagę przy ustaleniu właściwego grupowania według PKWiU. Posiadając tę wiedzę, wskazał na grupowanie odnoszące się do robót budowlanych, a nie dostawy wyrobu medycznego. W ocenie Izby Odwoławczy nie przedstawił dowodów, iż zastosowanie stawki podstawowej dla instalacji gazów medycznych realizowanej jako element robót budowlanych nie jest właściwe, a posiadana przez SKANSKA interpretacja indywidualna utraciła w obecnym stanie prawnym swoją aktualność. Zdaniem Izby nie jest w tej mierze wystarczające powołanie się na wspomnianą powyżej interpretację ogólną, gdyż, choć odnosi się ona do tematyki opodatkowania świadczeń kompleksowych, to w swoich szczegółach rozważa i ocenia całkowicie odmienny stan faktyczny od istniejącego w niniejszej sprawie. Obejmuje on bowiem dostawę sprzętu medycznego wraz z adaptacyjnymi robotami budowlanymi. W treści interpretacji wskazano, iż wykonanie prac budowlanych polegających na przystosowaniu pomieszczenia do możliwości zainstalowania w nim specjalnego sprzętu medycznego, nie pozostaje z reguły w nierozzerwalnym związku akurat z tym sprzętem. Standardowe prace adaptacyjne pomieszczenia, których wykonanie jest konieczne przy dostawie tego rodzaju sprzętów medycznych trudno uznać za nierozzerwalnie związane ekonomicznie z tą konkretną dostawą. Nie ma przy tym znaczenia, że subiektywnie strony traktują poszczególne czynności jako świadczenie złożone, gdyż wnioski, co do kwalifikacji danych zdarzeń gospodarczych jako świadczenia złożonego, nie

mogą być pozbawione waloru obiektywnego. Zakres i sposób opodatkowania świadczenia w systemie VAT nie może być bowiem zależny jedynie od woli stron transakcji. Dokonanie obiektywnej oceny kwalifikacji świadczenia należy dokonywać na podstawie wszystkich okoliczności towarzyszących tym świadczeniom. Reasumując, Minister Finansów zauważał, iż niezależnie od treści zawartej umowy, dostawa wyrobu medycznego, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonego do obrotu na terytorium RP, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku, na podstawie art. 146a pkt 2 ww. ustawy, w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy, natomiast prace polegające na dostosowaniu (adaptacji, przebudowy, rozbudowy itp.) pomieszczeń szpitala prowadzone w związku z dostawą ww. wyrobu medycznego nie korzystają, co do zasady, z preferencji podatkowej i podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku VAT. Minister Finansów zauważył też, że zasadność stanowiska iż dostawa sprzętu medycznego i prac przystosowujących pomieszczenia stanowią w ww. okolicznościach dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny być one opodatkowane, co potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu administracyjnego w tym wyroki z dnia 1 i 28 czerwca 2011 r. (FSK 869/10 oraz 958/10). Zdaniem NSA zbyt daleko idącą tezą byłoby uznanie, że: *"pod pojęciem montażu urządzenia medycznego należy rozumieć także wykonanie infrastruktury budowlanej pomieszczenia, w którym następnie zamontowany zostanie dany sprzęt. Tak szerokie postrzeganie złożoności świadczeń przesunąłoby granicę ich rozpoznania w sposób, który prowadziłby do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT przez akceptowanie rozwiązań czyniących ten system nieprzejrzystym i pozostawiającym podatnika w niepewności"*. Ponadto w wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. NSA stwierdził, że kierując się wskazówkami wynikającymi z orzeczeń TSUE należy za wyrokiem z dnia 1 czerwca 2011 r. FSK 869/10 powtórzyć, że: *"dostawa sprzętu medycznego i wykonanie wskazanych przez spółkę prac przystosowujących pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował w postaci wykonania instalacji elektrycznej, klimatyzacyjnej oraz izolacyjnej, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane"*. Z powyższego jednoznacznie zatem wynika, iż choć przedmiotowa interpretacja ogólna formalnie odnosi się do świadczeń kompleksowych, jak również opodatkowania dostawy wyrobu medycznego, to stan faktyczny objęty jej zakresem jest tak odmienny od stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, iż w ocenie Izby nie sposób uznać, aby znajdowała ona jednoznaczne zastosowanie do niniejszej sprawy, czy czyniła nieaktualną w jej wnioskach interpretację indywidualną posiadaną przez SKANSKA (IPPP2-443-479/10-2/KG z 27 września 2010 r.), która uwzględnia stan faktyczny analogiczny do istniejącego w ramach obecnego przedmiotu zamówienia. Warto też zauważyć, iż istotą sporu w sprawach, których dotyczy interpretacja ogólna, była możliwość zastosowania stawki obniżonej na dostawę sprzętu medycznego (ta możliwość nie była kwestionowana) oraz prace adaptacyjne (tu były wątpliwości) w oparciu o

koncepcję świadczenia kompleksowego. W przedmiotowej sprawie sytuacja jest odmienna, gdyż SKANSKA zastosowała stawkę podstawową dla całego zamówienia, uznając, iż obejmuje ono całościowo roboty budowlane, a instalacja gazów medycznych nie ma charakteru na tyle samoistnego, by uzasadniała wydzielenie go z wykonywanych robót i opodatkowanie stawką obniżoną jako dostawy wyrobu medycznego. Odwołujący nie zdołał bowiem dowieść, iż poza zmianą stawek podatku VAT nastąpiły takie zmiany prawne, które uzasadniałyby powyższy wniosek. Nie zdołał także wykazać, iż sama kwalifikacja systemu rurociągowego dla gazów medycznych jako wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych pozwala na wydzielenie robót związanych z instalacją gazów medycznych i opodatkowanie stawką obniżoną. Powoływany przez Odwołującego wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1121/12 jako uwzględniający powyższą interpretację ogólną jest nieadekwatny, gdyż dotyczy postępowania, którego przedmiotem był zakup, dostawa i montaż sprzętu i aparatury wraz z pracami adaptacyjnymi (zatem taki, do jakiego literalnie odnosi się interpretacja ogólna z 30 marca 2012 r.), a nie roboty budowlane, w ramach których wykonuje się prace związane z instalacją gazów medycznych. W ocenie Izby należy zatem stwierdzić, iż posiadana przez SKANSKA interpretacja indywidualna zachowuje swoją aktualność.

Wobec braku narzucenia stawki podatku VAT w SIWZ uznać zatem należy, iż zastosowanie stawki podstawowej miało uzasadnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty SKANSKA jako obciążonej błędem w obliczeniu ceny. Na marginesie jedynie warto zauważyć, iż przedmiotowa oferta uwzględniająca stawkę podstawową była tańsza od oferty Odwołującego, który dla części zamówienia przyjął stawkę obniżoną, co miało wpływ na obniżenie jego ceny brutto. Tym samym to nie wysokość zastosowanej stawki faktycznie zdecydowała o kolejności wykonawców w postępowaniu, lecz korzystniejsza cenowo oferta SKANSKA. Sama stawka podatku VAT przyjęta przez SKANSKA de facto nie miałyby decydującego wpływu na kolejność wykonawców w postępowaniu.

Należy zatem uznać, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji powyższych ustaleń nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....