

Toruń, dnia 20 marca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa

Odwołujący:
Constructo sp. z o.o.
Rogówko 6A
87-162 Lubicz

NIP: 879 269 78 30, REGON: 369175771, KRS: 0001044152

reprezentowana przez radcę prawnego Katarzynę Bylińską-Trojanowską,
EKK LEX Bylińska-Trojanowska, Grzędzicka, Osińska Radcy Prawni sp. p.
ul. PCK 30-32, 87-100 Toruń
adres email: k.bylinskatrojanowska@ekklex.pl

Zamawiający:
Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o.
ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew
NIP: 6080074563 REGON: 300770088
Numer KRS 0000303091
Adres email: przetargi@szpitalpleszew.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie **podstawowym bez negocjacji art. 275 pkt. 1** (na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawa pzp”, dla zadania pn.: Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o. o. nr postępowania: **Te 2300-40/2023**, opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00528005/01 z dnia 2023-12-01 (dalej również jako „Postępowanie”)



WWW.EKKLEX.PL

EKK LEX BYLIŃSKA-TROJANOWSKA, GRZĘDZICKA, OSIŃSKA RADCY PRAWNI SPÓŁKA PARTNERSKA
Numer KRS 0001017150, NIP 8792745374, REGON 52437577000000

Siedziba Chełmża
ul. gen. W. Sikorskiego 41, 87-140 Chełmża

Emilia Grzędzicka
Radca Prawny, Mediator
tel.: 724 474 774

Oddział Toruń
ul. PCK 30-32, 87-100 Toruń

Katarzyna Bylińska - Trojanowska
Radca Prawny
tel.: 503 652 828

Oddział Bydgoszcz
ul. Szafirowa 2, 85-790 Bydgoszcz

Katarzyna Osińska
Radca Prawny, Mediator,
Doradca Restrukturyzacyjny
tel.: 883 988 815

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Constructo sp. z o. (dalej również jako „Constructo”, „Odwołujący”), pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o, w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o. o nr postępowania: **Te 2300-40/2023**.

składam odwołanie w związku z:

1. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, mimo, że oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, mimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu,
3. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na niezgodnym z przepisami ustawy pzp dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, mimo, że oferta wybranego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, która to oferta zawiera błąd w wyliczeniu ceny,

6. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynnością Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na zaniechaniu wezwania Wykonawcy **Andbud sp. z o.o.** z siedzibą ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych
7. niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w Postępowaniu, a polegającą na niedokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz specyfikacją warunków zamówienia

Termin na wniesienie odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy pzp niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Wykonawcy w dniu 15 marca 2024 r., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a zatem Odwołujący uczynił zadość wymogom z art. 515 ust. 1 pkt. 1 a) ustawy pzp.

Interes we wniesieniu odwołania

Działając na podstawie art. 505 ustawy pzp Odwołujący wskazuje, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego. Odwołujący posiada potencjał, wiedzę i doświadczenie umożliwiające uzyskanie zamówienia. Ponadto oferta Odwołującego jest ważna, nie podlega odrzuceniu i znajduje się na drugim miejscu w przyjętym kryterium oceny ofert. Uzyskanie i realizacja przedmiotowego zamówienia umożliwi Odwołującemu realizację zysku. Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, która jednak może zostać zniweczona na skutek niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, które uniemożliwiają udzielenie zamówienia Odwołującemu, posiadającemu wymagane kwalifikacje, doświadczenie i spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy pzp.

I. Składając niniejsze odwołanie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o., mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Anbud sp. z o.o., mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny,
ewentualnie
naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Anbud sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT w cenie oferty,
3. **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b ustawy pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Anbud sp. z o.o., mimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu
ewentualnie
naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Anbud sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych
4. **naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp** poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy - Anbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10 ustawy pzp,
ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy - Anbud sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

Uzasadnienie

I. Uwagi wstępne

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy pzp) pn. Przebudowa i rozbudowa Oddziału Hematologii w Pleszewskim Centrum Medycznym w Pleszewie Sp. z o. o nr postępowania: **Te 2300-40/2023**.

W postępowaniu złożono 6 ofert. Zamawiający w dniu 15 marca 2024 r. przekazał oferentom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z którą uznał za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy Andbud sp. z o.o. z siedzibą w Pleszewie.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o., mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 29 lutego 2024 r. działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp skierował do Wykonawcy Andbud sp. z o.o. wezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej. Zamawiający w tytule wyjaśnień wskazał, że wezwanie dotyczy „kosztorysu ofertowego podstawowego obejmującego branżę elektryczną w pozycji nr 178”, jednak z treści wezwania wynika, że cena oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o. była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Zamawiający wyraźnie wskazał w wezwaniu, że wzywa do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów.

Wykonawca Andbud sp. z o.o. w piśmie datowanym na dzień 5 marca 2024 r. wyjaśnił lakonicznie, że:

„Rażąca niska cena w kosztorysie ofertowym podstawowym branży elektrycznej w poz. 178 wynika z pomyłki ludzkiej, popełniliśmy tak zwany czeski błąd i nie dopisaliśmy jednej liczby. Koszt wykonania szachtów elektrycznych oraz wnęk instalacyjnych dla rozdzielni elektrycznych zamykanych drzwiami powinien wynosi 4500 zł dla 1 kpl, a nie jak było w ofercie 500 zł, co daje wartość pozycji 178 równą 13500 zł netto.

Nie zauważyliśmy tej pomyłki przed składaniem oferty ze względu na duży zakres prac oraz zmiany wynikłe w czasie przetargu.”

Wykonawca zatem **zmienił treść oferty**, ale nie dokonał wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która zgodnie z wezwaniem Zamawiającego – była o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, mimo ciążącego na nim obowiązku w tym zakresie – zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W art. 224 ust. 4 PZP wskazano, że **w przypadku zamówień na roboty zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień**, o których mowa w ust. 1, **co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP**. Oznacza to, że w zakresie zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający zawsze, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 PZP, zobowiązany jest żądać od wykonawcy podania co najmniej informacji w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wprawdzie ustawa pzp nie nakłada wprost na wykonawcę obowiązku złożenia wyjaśnień w tym zakresie, niemniej jednak biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że to **na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, należy wywieść, że obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnić w składanych wyjaśnieniach okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP**, jeśli zostanie przez zamawiającego do tego wezwany.

Zgodnie z treścią ww. wezwania do wyjaśnień Andbud sp. z o.o. zobowiązany był wykazać i udowodnić oszczędności wynikające z metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomocy publicznej, udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W art. 224 ust. 6 ustawy pzp ustawodawca przewidział obowiązek odrzucenia, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, m.in. oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca Andbud sp. z o.o. w zasadzie nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu przez Zamawiającego, a pamiętać należy, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest dołożenie wszelkiej staranności, by wyjaśnienia te zawierały wszystkie informacje, których oczekuje zamawiający, a ponadto wyjaśniały wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, oraz powinny zostać poparte dowodami.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (wyr. KIO z 7.3.2022 r., [KIO 421/22](#), Legalis).

W świetle powyższego, Zamawiający w dniu 29 lutego 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a następnie Wykonawca nie udzielił tych wyjaśnień w sposób pozwalający na usunięcie domniemania rażąco niskiej ceny, a nadto nie załączył żadnych dowodów na poparcie wyjaśnień.

Nieudzielenie wyjaśnień zgodnie z żądaniem zamawiającego, w tym wyjaśnień dot. minimalnych wymagań w zakresie wynikającym z art. 226 ust. 3 pkt 4 i 6 o którym mowa w art. 224 ust. 4 PZP, powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy prawo zamówień publicznych

Tymczasem Zamawiający, mimo, iż wyczerpał procedurę wzywania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w dniu 14 marca 2024 r. ponownie wezwał Andbud sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwanie należy uznać za czynność naruszającą przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Co prawda przepisy ustawy pzp nie regulują wprost kwestii dotyczącej, **ile razy** zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP, a zatem wprost brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, jednak powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z **obiektywnych okoliczności** uzasadniających **konieczność uszczegółowienia wyjaśnień** złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP może być np. konieczność **uszczegółowienia czy też rozwinięcia** wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało

przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, powtarzający treść komentowanego przepisu. Jednak istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były złożone rzetelnie w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. **Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania**, a ponadto nie zawierające żadnych dowodów potwierdzających te wyjaśnienia.

Ze względu na powyższe, ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny datowane przez Zamawiającego na dzień 14 marca 2024 r. było niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a także co istotne stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem Wykonawca Andbud sp. z o.o. otrzymał dodatkową szansę na poprawienie i złożenie wyczerpujących wyjaśnień, wbrew przepisom ustawy.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że Wykonawca pismem datowanym na dzień 14 marca 2024 r. złożył ponownie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przy czym przedstawione wyjaśnienia były lakoniczne i nie stanowiły odpowiedzi na pytania Zamawiającego, poniżej treść odpowiedzi na wezwanie:

„W nawiązaniu do wezwania z dnia 14.03.2024 oświadczamy, iż oferta złożona przez ANDBUD Sp. z o.o. , ul. Targowa 1, 63-300 Pleszew w imieniu której działa Andrzej Banaszak-Prezes Zarządu została przygotowana z należytą starannością, a zaoferowana cena rzetelnie skalkulowana z zachowaniem standardów, stawek i dobrych praktyk w branży.

W kalkulacji uwzględniliśmy wszystkie koszty składowe takie jak: koszty nabycia towarów, transportu, magazynowania oraz oszczędność metody wykonania prac. Wykonawca składając ofertę założył zysk, a wykonanie zamówienia absolutnie nie naraża go na straty.

Jako firma z wieloletnim doświadczeniem na rynku pozyskaliśmy atrakcyjne warunki współpracy z dostawcami materiałów. Posiadamy również własny transport oraz magazyny, dlatego nie ponosimy z tego tytułu dodatkowych kosztów.

Za wykonaną pracę zostanie wypłacone pracownikom minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2022r.”

Powyższe wyjaśnienia niewątpliwie nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego za wystarczające i usuwające wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny dot. realizacji przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy było dostarczenie **wyczerpujących wyjaśnień**, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu.

Wykonawca Andbud sp. z o.o. niewątpliwie nie uczynił zadość wezwaniu i nie wyjaśnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. KIO 604/23: „Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe, pełne – winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami”.

Wobec tego oferta Wykonawcy Andbud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o., mimo iż oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z zapisami SWZ – Rozdział III pkt 9 - Wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Za roboty objęte kosztorysami ofertowymi, a niewykonane przez Wykonawcę, nie będzie przysługiwało wynagrodzenie.

Wykonawca Andbud sp. z o.o. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę 6 021 859,28 zł brutto. Cena została skalkulowana w oparciu o złożone wraz z ofertą kosztorysy ofertowe.

Przedmiotem zamówienia objęte są również instalacje gazów medycznych, a zatem prace związane z instalacją i dostawą wyrobów medycznych, które winny być opodatkowane stawką 8% podatku VAT.

W kosztorysie ofertowym dla instalacji sanitarnych wewnętrznych – pozycja od 187-242 ujęte zostały prace dotyczące instalacji gazów medycznych takich jak o2 (tlen). Jednak dokonując weryfikacji wynagrodzenia wynikającego z tego kosztorysu wynika, że do wszystkich prac zastosowana została stawka podatku VAT 23% tj.

Wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT : 1239170.11 zł

Podatek VAT : 285009.13 zł

Ogółem wartość kosztorysowa robót : 1524179.24 zł

Podobnie sytuacja przedstawia się w kosztorysie ofertowym dotyczącym instalacji elektrycznej. W pozycjach 34-36 tegoż kosztorysu ujęty został zakup paneli nadłóżkowych, które opodatkowane są również 8% stawką podatku VAT. Tymczasem po weryfikacji wynagrodzenia wynikającego z tego kosztorysu wynika, że Wykonawca Andbud sp. z o.o. do wszystkich prac zastosował jedną stawkę podatku VAT w wysokości 23% tj.

Wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT : 1152845.28 zł

Podatek VAT : 265154.41 zł

Ogółem wartość kosztorysowa robót : 1417999.69 zł

Należy podkreślić, że co do zasady wyroby medyczne są opodatkowane preferencyjną stawką podatku VAT tj. stawką 8%. Powyższe znalazło potwierdzenie w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz interpretacjach podatkowych, zgodnie z którymi dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych wraz z jego montażem jako usługi pomocniczej w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa wyrobu medycznego – korzysta z preferencyjnej stawki podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 w powiązaniu z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT.

Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy – Wykonawca Andbud powinien zastosować stawki podatku VAT właściwe dla wykonywanych przez siebie czynności, tj. realizując zadanie obejmujące dostawę instalacji gazów medycznych powinien opodatkowywać zastosować stawkę podatku 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy, natomiast świadczenie pozostałych usług remontowo-budowlanych, opodatkować podstawową stawką podatku VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Nawet gdyby jednak uznać, że zastosowana stawka podatku dla dostawy gazów medycznych tj. 23% jest właściwa, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwać wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 223 ustawy pzp. brak wezwania do złożenia tych wyjaśnień powoduje, że niniejszej sprawie złożone oferty były ofertami nieporównywalnymi.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2023 r. KIO 2241/23: „Stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym i wpływa na porównywalność ofert. Wskazanie błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Tym samym, konsekwencją wskazania w ofercie błędnej stawki podatku VAT jest odrzucenie oferty takiego wykonawcy.”

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Andbud sp. z o.o., mimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu

Zgodnie z zapisami SWZ – Rozdział IV – warunki udziału w Postępowaniu, Zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4)zdolności technicznej lub zawodowej - w celu potwierdzenia minimalnych zdolności technicznych i zawodowych, Wykonawca winien wykazać, że:

- a) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto*
- b) dysponuje osobą lub osobami, posiadającymi łącznie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach (budowlanej, elektrycznej i sanitarnej) w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia.*

Wykonawca Andbud sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych (pismo datowane na dzień 14 marca 2024 r.) złożył wykaz robót oraz dowody (referencje) oraz wykaz osób.

Ad. Wykaz robót

Wykonawca Andbud sp. z o.o. w wykazie robót wskazał kilka robót, jednak wartość wszystkich z tych inwestycji jest mniejsza niż wskazana w SWZ kwota 3 500 000,00 zł brutto, za wyjątkiem

robót wskazanych w pozycji 4 tabeli. W tej pozycji Wykonawca co prawda wskazał robotę realizowaną na rzecz Witbar sp. z o.o w Pleszewie o wartości 3 600 000,00 zł jednak wykazu robót wynika, że nie była to jedna robota budowlana, ale przynajmniej trzy roboty tj.:

- budowa budynku biurowo-socjalnego,
- budowa budynku hali,
- remont pomieszczeń magazynowych i socjalnych

Powyższe znajduje również potwierdzenie w złożonych referencjach – dokument datowany na dzień 8 grudnia 2023 r., z którego wynika, że spółka Andbud sp. z o.o. w latach 2022-2023 wykonała (kilka) robót budowlanych tj.

- budowa budynku biurowo-socjalnego,
- budowa budynku hali,
- remont pomieszczeń magazynowych i socjalnych

A zatem nie była to jedna robota budowlana a kilka niezależnych robót, których łączna wartość opiewała zgodnie z oświadczeniem na kwotę ok. 3 600 000,00 zł.

Powyższe jednak nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z którymi należało wykazać, że wykonawca wykonał *co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto*. Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę Andbud sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego ewentualnie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego tj. wykazu robót, czego nie uczynił.

Ad. Wykaz osób

Zgodnie ze złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazem osób – pozycja nr 1, 2 i 3 – Wykonawca Andbud sp. z o.o. wskazał jako podstawę dysponowania – zobowiązanie podmiotu trzeciego w stosunku do p. Tomasza Kubiak, Leszka Krzysztofa Łochyńskiego i Ludwika Stefana Kubiaka. Powyższe daje podstawę uznać, że Wykonawca nie dysponuje wyżej wskazanymi osobami, a miał zamiar realizować zamówienie z udziałem podmiotu trzeciego – który udostępni mu zasoby osobowe.

Po pierwsze, Wykonawca w chwili składania oferty wyraźnie wskazywał i oświadczał, że nie będzie polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych wraz z ofertą dokumentach. Dopiero na etapie składania podmiotowych środków dowodowych wykonawca wskazał, w zakresie osób wskazanych w tabeli – pozycja nr 1 i 2 jest to tzw. potencjał podmiotu trzeciego. Jeżeli

Wykonawca Andbud sp. z o.o. wiedział, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu, to wraz z ofertą, złożyć powinien zobowiązanie takiego podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiot (zob. art. 118 ust. 3 PZP). Ponadto złożyć powinien – również wraz z ofertą – oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (zob. art. 125 ust. 5 PZP). **Dokumenty takie nigdy nie zostały przez w/w wykonawcę złożone, pomimo wymogu ich złożenia wynikającego z SWZ oraz w/w przepisów ustawy Pzp., a przynajmniej nie zostały udostępnione Odwołującemu.**

Ponadto zgodnie z art. 123 ustawy pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. **Tymczasem – jak trafnie wskazano w wyroku KIO z dnia 12 maja 2023 r. (KIO 1189/23) – zmiana oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego nie ma charakteru marginalnego, stanowi ona niedopuszczalną zmianę treści oferty.** Jak z kolei – również słusznie – wskazano w wyroku KIO z dnia 15 lutego 2023 r. (KIO 281/23) oraz w wyroku z dnia 18 marca 2022 r. (KIO 510/22), w świetle art. 123 ustawy pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. **Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego.**

Wobec powyższego, obowiązkiem Zamawiającego było co najmniej wezwanie Wykonawcy Andbud sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień wykazu osób – pozycji 1, 2 i 3 w tabeli w zakresie podstaw dysponowania osobami wskazanymi w tych pozycjach wykazu.

V. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że konsekwencją dokonania wyboru oferty Wykonawcy, która powinna podlegać odrzuceniu było zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, spełniającego warunki oraz dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zarówno w świetle obowiązujących przepisów, jak i w związku z określonymi w postępowaniu warunkami zamówienia. Odwołujący wskazuje również, że w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy – **Andbud sp. z o.o.**, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W świetle powyższego, wnoszę i wywodzę jak w petitum.

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania,
- dowód przekazania niniejszego odwołania Zamawiającemu wraz z załącznikami,
- pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu wraz z dowodem uiszczenie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- wydrukiem informacji z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 20.03.2024 r.