

Sygn. akt: KIO 2748/17, KIO 24/18

WYROK

z dnia 23 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 29 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie oraz Acciona Construcccion S.A. w Madrycie, Hiszpania** (sygn. akt KIO 2748/17),
- B) w dniu 2 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Warbud S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 24/18)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Erbud S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie projektu wykonawczego wewnątrz tom II.2 część I.4, z powodu cofnięcia odwołania w tej części,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17,**

3. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - a) wezwanie wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót geotechnicznych, o którym mowa w pkt IV.1.3.1. lit. b SIWZ,
 - b) wezwanie wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę 15 grudnia 2017 r. na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez wskazanie w jakiej części pozostawały niewykorzystane produkty kredytowe wymienione w tych dokumentach,
4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/18,
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. w Madrycie, Hiszpania** i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** oraz **Acciona Construcción S.A. w Madrycie, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 5.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** oraz **Acciona Construcción S.A. w Madrycie, Hiszpania** na rzecz Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Gdańsku kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 obciąża **Gdański Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Gdańsku** w części 1/2 i wykonawcę **Warbud S.A. w Warszawie** w części 1/2 i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Warbud S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00**

gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

- 6.2. zasądza od **Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **Warbud S.A. w Warszawie** kwotę **8.200 zł 00 gr** (słownie: ośmiu tysięcy dwustu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gdański Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa Centrum Medycyny Nieinwazyjnej – etap 2”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 października 2017 r. nr 2017/S 195-399696.

22 grudnia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie oraz Acciona Construcción S.A. w Madrycie, Hiszpania, zwanych dalej „odwołującym Mostostal” oraz wykonawcę Warbud S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Warbud”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Erbud S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Erbud” bądź „wykonawcą Erbud”. W dniu 29 grudnia 2017 r. odwołujący Mostostal, zaś w dniu 2 stycznia 2018 r. odwołujący Warbud wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 2748/17 oraz sygn. akt KIO 24/18.

Odwołujący Mostostal wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Erbud i oferty wykonawcy Warbud S.A. w Warszawie,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Erbud, z zastrzeżeniem zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący Mostostal zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Erbud oraz oferty wykonawcy Warbud S.A., jako zawierających błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Erbud z powodu zawartych w niej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;
- 3) art 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 1 b ustawy Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zwanego dalej „rozporządzeniem” w związku zaniechaniem

wykluczenia wykonawcy Erbud z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej, z zastrzeżeniem zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie,

- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Erbud jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, ponieważ oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud, co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący Mostostal wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Erbud jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - odrzucenia oferty wykonawcy Erbud i wykonawcy Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierających błąd w obliczeniu ceny;
 - odrzucenia oferty wykonawcy Erbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
 - wykluczenia wykonawcy Erbud na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 1 b ustawy Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w tym zakresie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Mostostal w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, określonymi w rozdz. VI „opis sposobu przygotowania ofert”, pkt 3 „zawartość oferty” ppkt 1 lit. a SIWZ, zamawiający wymagał złożenia formularza ofertowego wraz z tabelą kosztów, sporządzonego na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Wywiódł, że tabela kosztów, stanowiąca załącznik nr 1a do SIWZ (oraz jednocześnie załącznik nr 5 do umowy) - dalej: „tabela kosztów”, stanowi integralną część formularza ofertowego i winna zostać wypełniona przez wykonawców zgodnie ze wskazaniem wynikającym z określonego przez zamawiającego wzoru. Argumentował, że w kolumnie IV tabeli kosztów należało wskazać wartość brutto elementów tabeli kosztów (części) podając przy tym stosowną stawkę podatku VAT. Zarówno wykonawca Erbud jak i wykonawca Warbud w kolumnie IV tabeli kosztów w wierszu oznaczonym „IV.6P - Instalacja gazów medycznych” podali wartości brutto, potwierdzające zastosowanie preferencyjnej stawki VAT.

Odwołujący Mostostal podniósł, że zgodnie z powołanym wzorem tabeli, zamawiający jednoznacznie określił, iż wymienione w pkt IV.6P Instalacje gazów medycznych wchodzi w zakres oznaczonych w pkt I robót budowlanych. Oznacza to zatem, że zamawiający

zakwalifikował rzeczony instalacje jako ściśle powiązane z prowadzonymi robotami budowlanymi. Tymczasem zarówno w ofercie wybranego wykonawcy jak i w ofercie wykonawcy Warbud, w formularzu nr 1a, wykonawcy ci w odniesieniu do instalacji gazów medycznych podali ceny uwzględniające zastosowanie preferencyjnej, a zatem nieprawidłowej stawki podatku VAT, co determinuje powstanie błędu w obliczeniu ceny, który winien skutkować odrzuceniem obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wskazał, że w przedmiotowym zamówieniu nie jest też możliwe wprowadzenie zmian w instalacjach gazów medycznych bez konieczności dokonania zmian w robotach budowlanych, architektonicznych oraz innych instalacjach. Argumentował, że z projektu przyszłej umowy, jaka ma być podpisana z inwestorem, wynika, że instalacja gazów medycznych wymaga stałych połączeń z budynkiem, do którego montażu, instalacji i uruchomienia zobowiązuje się przyszły wykonawca wszystkich robót (po wbudowaniu instalacja gazów medycznych stanie się integralną częścią składową budynku). Postanowienia SIWZ ani projektu umowy nie określają też możliwości zastosowania wobec instalacji gazów medycznych odrębnej, preferencyjnej stawki podatkowej.

Odwołujący wskazywał, że z postanowień § 1 ust. 1 projektu umowy wyraźnie wynika podział przedmiotu zamówienia na: roboty budowlane tj. kompleksową realizację na nieruchomości na zasadzie generalnego wykonawstwa budynku A wchodzącego w skład obiektu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej wraz z budową łącznika naziemnego do Centrum Medycyny Inwazyjnej, infrastrukturą techniczną, sieciami, przyłączami, zagospodarowaniem terenu, robotami rozbiórkowymi w zakresie objętym projektem, decyzją i SIWZ, zgodnie z niniejszą umową i właściwymi przepisami oraz dostawy, rozumiane jako dostawa, montaż, instalacja i uruchomienie (strojenie) wymagającego wbudowania i stałych połączeń sprzętu, co jednoznacznie odpowiada podziałowi tabeli kosztów.

Wywodził, że podobnie, zgodnie z § 12 rozdziela się wynagrodzenie za roboty budowlane i dostawy, a w § 13 i 14 odrębnie uregulowano również fakturowanie i rozliczanie robót budowlanych i dostaw. W § 16 ust. 2, z kolei, odrębnie uregulowano odbiór robót budowlanych, a w ust. 3 dostaw. Odbiór dostaw zgodnie z umową stanowi odbiór dostarczenia i montażu dla grup asortymentowych sprzętu dla celów fakturowania. Odwołujący dodał, że także projekt wykonawczy instalacji gazów medycznych (pkt 4.7) przewiduje procedurę odbiorową jak dla robót budowlanych, tj. odbioru robót dokonuje inspektor nadzoru budowlanego, a gotowość do odbioru wykonawca potwierdza wpisem do dziennika budowy. Rozdzielenie przedmiotu zamówienia w umowie oraz projekcie wykonawczym pokrywa się więc z tabelą kosztów załączoną do formularza oferty, potwierdzając nierozzerwalność instalacji gazów medycznych z robotami budowlanymi.

Odwołujący Mostostal podniósł także, że ową nierozzerwalność potwierdza także sama „szczegółowa specyfikacja techniczna roboty w zakresie instalacji gazów

medycznych", zwana dalej „specyfikacją techniczną”. Jako przykładowe wskazał poniższe jej zapisy.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt.5.2 specyfikacji technicznej „[...] *Rozpoczęcie prac instalacyjnych powinno nastąpić po ukończeniu montażu przewodów wentylacyjnych. Układanie rurociągów przewiduje się w szachtach, przestrzeniach między stropowych, w ścianach i na sufitych. Rurociągi powinny być uziemione jak najbliżej miejsca, gdzie wchodzi do budynku. Same rurociągi nie mogą być używane do uziemiania urządzeń elektrycznych. Przewody należy mocować do stropów za pomocą zawiesi niezależnych od innych instalacji, w odległościach podanych dla różnych średnic rurociągów, wg normy PN-EN ISO 7396-1. [...]*” Zdaniem odwołującego Mostostal powyższe potwierdza, że instalacja jest zamocowana do budynku, a jej montaż musi być kompatybilny z innymi instalacjami i następuje w kolejności uwzględniającej inne instalacje.

Rozdział II pkt.5.6 specyfikacji technicznej określa, że „*sygnalizacja gazów medycznych powinna być zasilana z gwarantowanego źródła napięcia*”. Argumentował, że ten zapis potwierdza, że instalacja gazów medycznych zasilana jest z instalacji elektrycznej. Jest więc z nią ściśle związana.

Z rozdziału II pkt.5.7 specyfikacji technicznej wynika z kolei, że „*przewody wyrzutowe dla instalacji gazów poanestetycznych powinny odprowadzać gazy do atmosfery. Wyloty przewodów wyrzutowych dla instalacji gazów poanestetycznych w niniejszym projekcie należy wpiąć do kanałów wywiewnych wentylacji mechanicznej powyżej ostatnich wlotów - fakt ten powinien być uzgodniony z projektantem instalacji wentylacji. Wpięcie do kanału wentylacji powinno być wykonane w sposób nie przenoszący drgań*”. Wskazywał, że ten zapis potwierdza, że instalacja gazów medycznych w tym budynku połączona jest z instalacją wentylacji.

Zdaniem odwołującego Mostostal nierozzerwalny związek potwierdzają też zapisy rozdziału II pkt 9 specyfikacji technicznej, z których wynika, iż montaż instalacji gazów medycznych wymaga wykonania bruzd i przejść w ścianach:

„*W przypadku instalacji rurociągowej gazów medycznych podstawę płatności stanowi cena jednostkowa ułożenia 1 m instalacji rurociągowej, która obejmuje:*

- *roboty przygotowawcze;*
- *dostarczenie narzędzi i sprzętu;*
- *zakup i dostawę materiałów;*
- *wykonanie bruzd ściennych;*
- *montaż rurociągów wraz z kształtkami, połączeniami i armaturą;*
- *wykonanie przejść przez przegrody;*
- *wykonanie wszystkich wymaganych normami prób i kontroli;*
- *przeprowadzenie pomiarów oraz badań laboratoryjnych;*

- *usunięcie wad i usterek powstałych w czasie wykonywania robót;*
- *dokumentację powykonawczą;*
- *usunięcie odpadów powstałych podczas prac."*

Zdaniem odwołującego potwierdzają to również zapisy rozdziału III pkt. 2 specyfikacji technicznej: „*Medyczne jednostki zasilające - panele zasilająco-oświetleniowe*

[...] Mocowane do ściany poziome i pionowe panele zasilania medycznego ze zintegrowanymi w swej obudowie gniazdami elektrycznymi, gazowymi i teletechnicznymi, z łatwym dostępem do stref konserwacji. Osłony oświetleniowe winny charakteryzować się odpowiednią pryzmatyką zapewniającą oświetlenie pomieszczenia bez oślepiania osób przebywających w pomieszczeniu. Doprowadzenie instalacji - bezpośrednio ze ściany do montowanych przyłączy gazowych i elektrycznych."

Według odwołującego Mostostal z przytoczonego zapisu wynika, że panele zasilająco - oświetleniowe integrują instalacje gazów medycznych, teletechnicznych i elektrycznych. Mając powyższe na uwadze, odwołujący Mostostal wyraził stanowisko, że wykonanie instalacji gazów medycznych jest elementem usługi budowlanej opodatkowanej podstawową 23% stawką podatku VAT i taka winna być zastosowana w ofertach Erbudu i Warbudu.

Odwołujący Mostostal podniósł, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535), zwanej dalej „ustawą o VAT”, stawka podatku wynosi 23%, z zastrzeżeniem ust. 2-12 c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Natomiast dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku - stosownie do art. 41 ust 2 ustawy, wynosi 8%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Zgodnie z obowiązującymi, wyżej powołanymi przepisami, odstępstwo od stawki podstawowej polegające na preferencyjnym opodatkowaniu stawką podatku VAT, może odnosić się jedynie do usług budowlanych wykonywanych w obiektach budownictwa mieszkaniowego PKOB 11 (z wyjątkiem lokali użytkowych). Natomiast usługi budowlane wykonywane w obiektach sklasyfikowanych w PKOB w klasie 1264 podlegają opodatkowaniu stawką 23%, z wyjątkiem budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, które korzystają z preferencyjnego opodatkowania VAT.

Odwołujący Mostostal podkreślał, że budynek A, wchodzący w skład obiektu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej, który stanowi przedmiot zamówienia, nie mieści się w kategorii budynków zamieszkania zbiorowego w klasie 1264 PKOB. Tym samym, skoro rzeczony budynek nie został sklasyfikowany jako budynek, wobec którego możliwe jest ujęcie go w klasie 1264 PKOB, wszystkie wykonywane w jego ramach instalacje, w tym gazów medycznych, skategoryzowane przez samego zamawiającego jako usługa robót budowlanych, winny być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT. Odwołujący przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 lipca 2006 r.

(sygn. I FSK 945/05). Przywołał również interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 4 maja 2011 r. (sygn. IBPP2/443-191/11/RS), a także interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 5 maja 2009r. (sygn. IPPP1-443-306/09-2/MP).

Odwołujący argumentował, że kluczowym czynnikiem decydującym o sposobie zakwalifikowania instalacji gazów medycznych do właściwej grupy elementów opodatkowanych odpowiednią stawką podatku VAT jest stopień powiązania tej instalacji z całością robót budowlanych wykonywanych w ramach realizacji zamówienia publicznego. Wskazał, że instalacje gazów medycznych w przedmiotowym zamówieniu stanowią zaledwie 2% całej wartości robót. Instalacje te, podobnie jak inne instalacje wchodzące w skład budynku, jak np. instalacja elektryczna czy kanalizacyjna, winny tu być więc traktowane jako część składowa budynku.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że przepisy ustawy o VAT nie definiują pojęć „obiekt budowlany” czy „budowa”. Regulują te kwestie przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2000 r., nr 106, poz. 1126 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Prawo budowlane”. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei, obiekt budowlany - to budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. Skoro zatem w świetle powołanych przepisów ustawy Prawo budowlane instalacje stanowią integralną część budynku, usługi budowlane jego dotyczące, w tym - także dotyczące instalacji wchodzących w jego skład (zatem również instalacji gazów medycznych), winny być opodatkowane podstawową stawką podatku VAT. Nie ma bowiem podstaw, by wykonanie instalacji gazów medycznych w przedmiotowym zamówieniu, będących częścią składową budynku, zakwalifikowanych w ten sposób przez samego zamawiającego w SIWZ, traktować jako odrębną czynność opodatkowaną preferencyjną stawką podatku VAT na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT.

Odwołujący dodał, że sam zamawiający w stworzonym przez siebie wzorze załącznika nr 1a „tabele kosztów”, poza częścią I pt. „roboty budowlane”, wyraźnie wyodrębnił część II pt. „sprzęt”, co potwierdza jego intencję co do zakwalifikowania kosztów w zakresie instalacji gazów medycznych jako kosztów objętych robotami budowlanymi, a nie - wyrobami medycznymi. Tym samym, zastosowana w ofertach wykonawców Erbud i Warbud preferencyjna 8%owa stawka podatku VAT stanowi wadę oferty skutkującą powstaniem błędu w obliczeniu ceny. Wskazywał, że zaistniała sytuacja tworzy stan, w którym w postępowaniu przetargowym złożone zostały oferty względem siebie nieporównywalne, w których zastosowano różne stawki podatkowe. Zamawiający winien więc dążyć do jednolitości reguły opodatkowania w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej,

z poszanowaniem zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając powyższe na uwadze, odwołujący wywiódł, że wykonanie instalacji gazów medycznych jest elementem usługi budowlanej opodatkowanej podstawową 23% stawką podatku VAT i taka winna być zastosowana w ofertach Erbud i Warbud. Ze względu zatem na powyższe podanie stawki preferencyjnej determinuje powstanie błędu w obliczeniu ceny, który winien skutkować odrzuceniem obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący Mostostal podniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, określonymi w rozdziale VI „opis sposobu przygotowania ofert”, pkt 3 „zawartość oferty” ppkt 1 lit. d/ SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia wycenionych kosztorysów ofertowych zawierających ceny jednostkowe sporządzonych w układzie elementów maksymalnie zbliżonym do przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów. Odwołujący Mostostal wskazał, iż niezależnie od ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz pomocniczego charakteru kosztorysów, zamawiający bezwzględnie wymagał ich złożenia w formie oraz z uwzględnieniem pozycji i wielkości wymaganych w przedmiarach, co potwierdzają udzielane przezeń odpowiedzi na pytania nr 579 - 582 oraz kolejne przytoczone w dalszej części odwołania. Tym samym, przedstawione w ofercie Erbud niezgodności w kosztorysach dotyczących branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, w świetle udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień, które zostaną przywołane poniżej, nie mogą być traktowane jako nieistotne i winny determinować odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odnosząc się do niezgodności w poszczególnych branżach, odwołujący Mostostal wskazał, co następuje:

BRANŻA BUDOWLANA

1. Zgodnie z opisem technicznym do projektu wykonawczego architektonicznego tom II.2 część 1.1 w budynku A zaprojektowane zostały 3 rodzaje balustrad wewnętrznych, oznaczone symbolami B1, B2, B3. Balustrada typu B1 została szczegółowo opisana na rysunku Zestaw, balustrad wewnętrznych -BI PW2_A35, podana została jej całkowita długość równa 182,5mb.

Dodatkowo zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 333 z dnia 13.11.2017 wyjaśnił, że balustrada B2 nie występuje w projekcie 2 etapu, natomiast balustrada B3 ma długość 2,5 m i występuje w pomieszczeniu technicznym I/T/47. Zatem w wycenie należało uwzględnić balustradę B1 o długości 182,5mb i balustradę B3 o długości 2,5mb.

W kosztorysie Erbud uwzględniona została tylko balustrada B1 w ilości 182,5m w pozycji 679. W kosztorysie nie ma pozycji dotyczącej balustrady wewnętrznej B3, co

potwierdza, iż jej wycena nie została uwzględniona w ofercie, a w konsekwencji - potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ.

2. Zgodnie z projektem wykonawczym wewnątrz tom II.2 część I.4, zamawiający wymagał zastosowania na korytarzach ogólnodostępnych i oddziałowych sufitu podwieszanego typu E, którego wycena winna zostać uwzględniona w kosztorysie wykonawcy. Potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 342 z dnia 13.11.2017. Tymczasem w kosztorysie Erbudu „I.P PRZEDMIAR ROBÓT. ARCHITEKTURA”, w dziale 1.11 Sufity wykończenie, nie występuje sufit podwieszany o konstrukcji metalowej z wypełnieniem płytami OW Acoustic Sinfonia (lub równoważne) w systemie S6c, co bezspornie potwierdza, iż jego wycena nie została uwzględniona, a tym samym - potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ.

3. Zgodnie z projektem wykonawczym architektury zamawiający wymagał zastosowania warstwy pianobetonu grubości od 6 - 12cm, czyli średnio 9cm, której wycena winna zostać uwzględniona w kosztorysie wykonawcy. Potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 419 z dnia 14.11.2017, że w wycenie należało uwzględnić warstwę grubości opisu 6-12 cm. Tymczasem w kosztorysie Erbudu „I.P PRZEDMIAR ROBÓT. ARCHITEKTURA” w pozycji 749 uwzględniona została warstwa pianobetonu gr. 4-12 cm, czyli średnio 8cm, nieodpowiadająca wymogom zamawiającego, co potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ.

BRANŻA SANITARNA

4. Odwołujący Mostostal podniósł, że zgodnie z jego wiedzą ilości rur do instalacji ciepła technologicznego uwzględnione w Projekcie wykonawczym instalacji C:0. I C.T. do nagrzewnic różnią się od ilości uwzględnionych w przedmiarze udostępnionym wykonawcom. Odwołujący wskazał na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 411 z dnia 14.11.2017 r., gdzie zamawiający określił, że należało przyjąć ilości rur do instalacji ciepła technologicznego zgodnie z rysunkami (rzutami), a nie na podstawie przedmiaru robót udostępnionego przez zamawiającego. Tymczasem w kosztorysie Erbudu IV.2P PRZEDMIAR ROBÓT CO I CT" w pozycjach od 153 do 163 zostały uwzględnione ilości zgodnie z przedmiarem zamiast zgodnie z dokumentacją projektową i odpowiedzią zamawiającego, co w konsekwencji potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ i nieuwzględnienie w wycenie ilości rur według rzutów zgodnie z wymogiem zamawiającego.

5. Zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał złożenia oferty zawierającej wycenione kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe sporządzone w układzie elementów maksymalnie zbliżonym do przekazanych przez zamawiającego przedmiarów. Potwierdza to jednoznacznie odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 579 z dnia 16.11.2017, zgodnie z którą zamawiający nie wyraził zgody na rezygnację z obowiązku

składania kosztorysów ofertowych. Tymczasem wykonawca Erbud nie dołączył do oferty kosztorysu na wykonanie instalacji poczty pneumatycznej, tylko zestawienie ilościowe elementów bez cen jednostkowych, z podaniem ostatecznej wartości, co w konsekwencji potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ.

BRANŻA ELEKTRYCZNA

6. Zgodnie z projektem wykonawczym instalacji elektrycznych udostępnionym wykonawcom, do głównej magistrali połączeń wyrównawczych zamawiający wymagał zastosowania przewodu LgY 25mm², którego wycena winna zostać uwzględniona w kosztorysie wykonawcy. Potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 392 z dnia 14.11.2017 r., że w wycenie należało uwzględnić przewód LgY 25mm². Odwołujący podniósł, że zgodnie z jego wiedzą ilość tego przewodu w projekcie wynosi 3187mb.

Tymczasem w kosztorysie wykonawcy Erbud „V.1P INSTALACJE ELEKTRYCZNE” pozycja między pozycjami 347 d.14 i 348 dotycząca tego przewodu jest pusta, co potwierdza, iż jego wycena nie została uwzględniona, co w konsekwencji potwierdza wystąpienie niezgodności z treścią SIWZ.

7. Zgodnie z Projektem wykonawczym instalacji systemu sygnalizacji pożaru (SSP) udostępnionym wykonawcom, „centrale pożarowe będą pracować we wspólnej sieci z centralami z istniejących budynków CMI, budynków nr 2, 3 i 4 oraz centralami zaprojektowanymi dla etapu I. W istniejących budynkach zainstalowany jest system sygnalizacji pożaru na bazie urządzeń firmy ESSER. W celu integracji istniejących systemów z systemem przewidzianym dla budynku CMN, instalacje z automatycznymi urządzeniami do wykrywania pożaru zaprojektowano jak dla etapu I w oparciu o centrale mikroprocesorowe typu FlexES Control również firmy ESSER. Z uwagi na powyższy fakt nie można zastosować innego systemu równoważnego, gdyż zgodnie z zapisem na świadectwie dopuszczenia CNBOP, centrale mogą ze sobą współpracować w sieci tylko za pomocą interfejsu sieciowego Esser”. Potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 400 z dnia 14.11.2017, zgodnie z którą zamawiający nie dopuszcza integracji systemów SAP i DSO za pomocą systemu GEMOS, tj. innego niż firmy Esser, w związku z tym, że etap II budynku CMN jest kontynuacją rozwiązań przyjętych w etapie I.

Tymczasem wykonawca Erbud w kosztorysie „Instalacje systemu sygnalizacji pożaru SSP” w pozycji nr 70 przyjął sterownik lokalny PWSTE-LSK-EC produkcji ela-compil - sterownik systemu GEMOS, niezgodnie z wymogiem zamawiającego, co w konsekwencji, w kontekście wyżej opisanego wymogu, potwierdza wystąpienie istotnej niezgodności z treścią SIWZ.

8. Zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał złożenia oferty zawierającej wycenione kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe sporządzone w układzie elementów maksymalnie zbliżonym do przekazanych przez zamawiającego przedmiarów.

Potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 579 z dnia 16.11.2017, w myśl której zamawiający nie wyraża zgody na rezygnację z obowiązku składania kosztorysów ofertowych.

Tymczasem wykonawca Erbud nie dołączył do oferty kosztorysu na wykonanie instalacji wzmacniającej sygnał telefonii komórkowej w budynku A, zgodnie z przekazanym przez zamawiającego przedmiarem, będącym częścią „Projektu wewnętrznej instalacji wzmacniającej sygnał telefonii komórkowej w budynku CMN - II etap realizacji CMN (część A)”. Erbud dopisał ten zakres robót jako pozycję po pozycji nr 384 w kosztorysie „instalacje sieci okablowania strukturalnego i telefonicznego”. Mając na uwadze wyżej wymienione niezgodności, zamawiający winien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Erbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze wyżej wymienione niezgodności, zamawiający winien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez Erbud jako nieodpowiadającej treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp odwołujący Mostostal podniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, określonymi w rozdziale IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1 ppkt 1.2.1 lit b/ SIWZ, zamawiający wymagał, by na potwierdzenie spełnienia wymagań w zakresie zdolności finansowej, wykonawcy wykazali się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 140 mln PLN.

Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z postanowieniami rozdziału V pkt 4.2. ppkt 2 SIWZ określającymi wymóg dokumentacyjny, wykonawcy zobligowani byli, stosownie do przepisów §2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący wywiódł, że ze złożonych przez Erbud na wezwanie zamawiającego opinii bankowych banków Alior, BNP Paribas oraz mBank wynika, że wykonawca ten nie potwierdził wymaganej wysokości posiadanych środków finansowych ani zdolności kredytowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że z przedstawionych opinii wynika, że wysokość posiadanych na rachunkach środków nie przekracza kwoty stanowiącej 13,8 mln PLN, natomiast informacje dotyczące posiadanych linii gwarancyjnych, w świetle wyżej powołanych przepisów rozporządzenia, nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do twierdzenia jakoby Erbud wykazał się posiadaniem wymaganej zdolności kredytowej, potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Mostostal podkreślił, że zdolność kredytową wykonawcy należy rozumieć jako zdolność do pozyskania kredytu w wysokości umożliwiającej sfinansowanie zamówienia. Nie może to być zatem zdolność rozumiana jako możliwość sfinansowania

transakcji skarbowych czy uzyskania gwarancji bankowych (linia gwarancyjna), ale możliwość sfinansowania wykonania danego zamówienia. Tym samym, wykazanie się posiadaniem linii gwarancyjnych nie może być utożsamiane z posiadaniem określonej zdolności kredytowej. Zamawiający nie dokonał więc w tym zakresie niezbędnej weryfikacji i powinien tę kwestię jednoznacznie wyjaśnić lub wezwać wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub w innym dopuszczonym ustawą Pzp trybie, czego w rzeczonym przypadku nie uczynił.

W przeciwnym razie, w przypadku niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, Erbud winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 1 b ustawy Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że doszło do wadliwego wyboru oferty Erbud jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a tym samym - doszło do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy i podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wywiódł, że sam wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieporównywalnych z powodu zastosowania przez wykonawców różnych stawek podatkowych, winno się uznać za dokonany przez zamawiającego niezgodnie z ustawą Pzp oraz bez poszanowania zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający, w myśl art. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest związany obowiązkiem stosowania definicji ceny określonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Zgodnie z powołanymi przepisami, cena musi uwzględniać zatem podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tym podatkiem. Odwołujący podniósł więc, iż zamawiający nie może brać pod uwagę cen ofert ustalonych przez wykonawców w sposób nieprawidłowy, tj. z zastosowaniem niewłaściwych stawek podatkowych. Jako profesjonalny organizator przetargu winien dążyć do zachowania jednolitości reguł opodatkowania przedmiotu zamówienia u wszystkich wykonawców w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bo to uniemożliwia realne porównanie ofert.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający w postanowieniach SIWZ nie przewidział zastosowania konkretnej stawki podatku VAT, nie jest zatem możliwe sanowanie ofert w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Przez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu oraz naruszenie uczciwej konkurencji - doszło do naruszenia art. 7 ust. 1

ustawy Pzp i w konsekwencji - naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, co doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą.

Odwołujący Warbud wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego Erbud z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych celem wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Warbud zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Erbud pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Erbud pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp w związku par. 2 ust. 2 pkt 3) oraz § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) przez zaniechanie wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia dokumentu niezłożonego na wezwanie tj. dokumentu potwierdzającego posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej przez zamawiającego wysokości oraz oświadczeń potwierdzających wymagane uprawnienia i doświadczenie zawodowe przez osoby wskazane na stanowiska kierownika robót geotechnicznych, kierownika robót drogowych i kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych;
ewentualnie
- 4) naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Erbud do wyjaśnień czy osoby wskazane na stanowiska kierownika robót geotechnicznych, kierownika robót drogowych i kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych posiadają wymagane uprawnienia i doświadczenie zawodowe.

Odwołujący Warbud wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, i w konsekwencji:
 - a) wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, tj.

informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej potwierdzającej posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej przez zamawiającego wysokości;

- b) wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagane uprawnienia i doświadczenie zawodowe przez osoby wskazane na stanowiska kierownika robót geotechnicznych, kierownika robót drogowych i kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych, ewentualnie wezwania wykonawcy Erbud do wyjaśnień czy osoby wskazane na stanowiska kierownika robót geotechnicznych, kierownika robót drogowych i kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych posiadają wymagane uprawnienia i doświadczenie zawodowe,
- c) a w razie nieuzupełnienia ww. dokumentów wykluczenia wykonawcy Erbud z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Warbud podniósł, że wykonawca Erbud nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Wskazał, że zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej: *Wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie publiczne musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, to jest posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 140 mln zł.*

Odwołujący Warbud wywiódł, że na potwierdzenie spełniania tego warunku Erbud złożył trzy opinie bankowe:

- a. opinię z Alior Banku z dnia 30 listopada 2017r. z której wynika, iż wykonawca posiada do wykorzystania środki z tyt. przyznanego kredytu w wysokości: 7.301.246,50 PLN oraz posiada pozostałe środki i lokaty na kwotę nie przekraczającą kwoty 300.000,00 PLN. Pozostałe informacje dotyczą limitu dostępnego na gwarancje.
- b. opinię z mBanku z dnia 1 grudnia 2017r. z której wynika, iż firma posiada kredyt w rachunku bieżącym w wysokości 10 mln PLN, przy czym z opinii nie wynika w jakim stopniu kredyt został wykorzystany. Pozostałe informacje dotyczą limitu przyznanego na gwarancje.
- c. opinię z BGŻ BNP PARIBAS z dnia 30 listopada 2017r. z której wynika, iż firma korzysta z wielocelowej linii kredytowej, przy czym w ramach ww. linii kredytowej limit na kredyt w rachunku bieżącym wynosi 8 mln zł. Również w przypadku tej opinii nie wiadomo, jaka część kredytu została wykorzystana. Z dokumentu wynika też, że Erbud posiada środki finansowe w łącznej wysokości nie przekraczającej kwoty 6.590.842 PLN. Pozostałe informacje dotyczą odnawialnej linii gwarancji oraz odnawialnej linii akredytyw.

Odwołujący Warbud wywiódł, że ze złożonych dokumentów wynika (nawet przy założeniu, że Erbud ma dostępne pełne limity kredytowe wskazane w opiniach mBanku i BGŻ BNP PARIBAS), że łączna zdolność kredytowa i dostępne środki nie przekraczają 32 mln złotych. Argumentował, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, składana w postępowaniu informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej ma potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Załączone informacje z banku takiego potwierdzenia nie zawierają. Przeciwnie, wyraźnie oddzielają wysokość środków przyznanych w ramach linii kredytowych od wysokości limitów na gwarancje. Limit możliwy do wykorzystania na udzielenie gwarancji nie jest tożsamy z limitem kredytowym, skoro sam bank wyraźnie oddziela te informacje. Odwołujący Warbud wskazał, że ponieważ wykonawca nie był wzywany, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku, zatem, zamawiający ma obowiązek dokonania takiego wezwania, a w przypadku nieuzupełnienia dokumentu na wezwanie - wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art, 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący Warbud podniósł, że wykonawca Erbud nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt IV 1.3.1. lit. b) tj. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej kierownika robót geotechnicznych. Wywiódł, że zamawiający określił warunek w następujący sposób: *wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże dysponowanie osobami lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób (na okres ich udziału w wykonywaniu zamówienia), mogące wykonywać funkcje:*

Kierownik robót geotechnicznych

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w specjalizacji geotechnika

minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót geotechnicznych lub geotechnik.

Odwołujący Warbud argumentował, że na potwierdzenie spełniania warunku Erbud wskazał panią Urszulę Paderewską. Zgodnie z informacjami zawartymi w JEDZu a następnie powtórzonymi w wykazie osób, pani U. P. posiada uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz uprawnienia geologiczne. Ani z JEDZ-a ani z wykazu osób nie wynika jednak, aby p. Paderewska posiadała ww. uprawnienia w specjalizacji geotechnika. Jak wynika z informacji zawartych w dokumentach złożonych przez Erbud, w tym z załączonego CV (załącznik 6d) pani U. P. nabyła uprawnienia budowlane do

kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń w dniu 18.07.1989 r. Tymczasem podział ww. uprawnień na specjalizacje został dokonany dopiero w roku 2005 r. rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2005 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 96, poz. 817).

Odwołujący podkreślał, że uprawnienia geologiczne nie są tożsame ze specjalizacją geotechniczną. Geologia jest dziedziną nauki zajmująca się historią i budową ziemi, a szczególnie jej zewnętrznych stref. Geologia inżynierska, to dział geologii zajmujący się wpływem działalności technicznej człowieka na przypowierzchniową część skorupy ziemskiej oraz wpływem budowy geologicznej i procesów geologicznych na tę działalność. Natomiast geotechnika, to interdyscyplinarna dziedzina nauki i techniki dotycząca badań podłoża gruntowego do celów projektowania, wykonywania i kontroli: budowli ziemnych i podziemnych, fundamentowania konstrukcji budowlanych, dróg linii kolejowych, lotnisk itp., a powiązana z tym inżynieria geotechniczna zajmuje się projektowaniem i realizacją konstrukcji geotechnicznych.

Zdaniem odwołującego Warbud warunek zostałby spełniony, gdyby pani Paderewska, w ramach posiadanych uprawnień konstrukcyjno - budowlanych, posiadała również specjalizację geotechniczną. Takiej informacji nie ma w złożonych dokumentach, a warunek postawiony przez zamawiającego, był w tym zakresie jednoznaczny. W zaistniałej sytuacji kwestia posiadania przez panią Paderewską wymaganej przez zamawiającego specjalizacji powinna stanowić przedmiot wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub co najmniej wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W kolejnej części odwołania odwołujący Warbud podniósł, że wykonawca Erbud nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt IV 1.3.1. lit. b tj. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej osób w odniesieniu do kierownika robót drogowych i kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych.

Odwołujący Warbud wskazał, że zamawiający określił warunek w następujący sposób: *wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże dysponowanie osobami lub przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób (na okres ich udziału w wykonywaniu zamówienia), mogące wykonywać funkcje:*

Kierownik robót drogowych

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej

minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót drogowych

Kierownik robót teletechnicznych i niskoprądowych

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej

minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót teletechnicznych, w tym na budowie co najmniej jednego obiektu o VI kategorii złożoności robót budowlanych.

Odwołujący Warbud argumentował także, że przystępujący Erbud na ww. stanowiska wskazał odpowiednio panów: K. F. i R. C.. W zakresie doświadczenia kierownika robót drogowych, p. K.F. w załączniku 6e wpisano, że pełnił funkcję kierownika robót/kierownika budowy i po dwukropku wymieniono realizacje. Tymczasem postawiony przez zamawiającego warunek dotyczył 10 lat doświadczenia jedynie na samodzielnym stanowisku technicznym kierownika robót drogowych. Zatem wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów, w których jednoznacznie zostanie wykazane, na których realizacjach p. F. pełnił funkcję kierownika robót drogowych.

W zakresie doświadczenia kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych p. R. C.w załączniku 6f w ogóle nie wypisano przy wskazanych realizacjach jakie pełnił stanowisko. Tym samym wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów, w których jednoznacznie zostanie wykazane, na których realizacjach p. C. pełnił funkcję kierownika robót teletechnicznych.

Odwołujący podniósł, że ponieważ wykonawca Erbud nie był wzywany, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku, zatem zamawiający ma obowiązek dokonania takiego wezwania, a w przypadku nieuzupełnienia dokumentu na wezwanie - wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie do obu spraw, w których wniósł o oddalenie odwołań w całości. W odpowiedziach na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Warbud S.A. w Warszawie. Złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego własnej oferty. W piśmie jak i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Erbud S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe z 17 stycznia 2018 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący Mostostal złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa swe odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z

powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie projektu wykonawczego wewnątrz tom II.2 część I.4. W pozostałym zakresie wniósł o uwzględnienie swego odwołania.

Odwołujący Warbud w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę wykonawcy Erbud, ofertę wykonawcy Warbud, wezwanie zamawiającego z 8 grudnia 2017 r. kierowane do wykonawcy Erbud w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź wykonawcy Erbud na ww. wezwanie z 15 grudnia 2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 grudnia 2017 r., odwołania wraz załącznikami, zgłoszenia przystąpień, pisma procesowe stron i uczestników postępowania wraz załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Warbud S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Erbud S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w

uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołującego Mostostal jest oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim, za ofertą wykonawcy Erbud i Warbud. Domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia obu ofert. Ewentualne ustalenie, że zamawiający zaniechał czynności odrzucenia obu ww. ofert skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Mostostal, jako najkorzystniejszej.

W przypadku odwołującego Warbud jego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim, za oferta wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wezwania tego wykonawcy, którego ofertę wybrano, do uzupełnienia dokumentów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ewentualne ustalenie, że zamawiający zaniechał tych czynności skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu ich wykonania. W razie niesprostania wezwaniu, konieczne będzie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejsza, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Warbud, jako najkorzystniejszej.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołania, że skutkiem wykonania zaniechanych czynności będzie konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miałyby świadczyć o braku po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Przepis ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*. Stwierdzono, że ceny brutto ofert odwołujących (Warbud 203.398.685,80 zł i Mostostal 206.384.552,13 zł) były rzeczywiście wyższe od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (160.000.000 zł). Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołujących. Dostrzeżenia wymagało, że również cena oferty wykonawcy Erbud (186.974.546,08 zł) przewyższała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. A pomimo to zamawiający zdecydował się zwiększyć swój budżet do wysokości ceny tej oferty.

Wzięto także od uwagę, że zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż nie będzie możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołujących. Znikąd nie wynikało zatem, że kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest nieprzekraczalna, a więc że zamawiający nie ma możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wysokości ceny oferty żadnego z odwołujących. W konsekwencji uznano, że odwołującym przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 podlegało umorzeniu w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie projektu wykonawczego wewnątrz tom II.2 część I.4. W pozostałej części odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Erbud S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie projektu wykonawczego wewnątrz tom II.2 część I.4.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części. Odwołujący Mostostal w swym piśmie procesowym z 18 stycznia 2018 r. oświadczył, że nie popiera już odwołania w tej części.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione choćby w wyroku KIO z 26 października

2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniach odnośnie niewykazania przez wykonawcę Erbud warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej Izba stwierdziła, że zarzut ten, w zakresie jaki został opisany w odwołaniu odwołującego Mostostal okazał się chybiony. Natomiast zarzut ten, w takim zakresie, jaki opisano w odwołaniu odwołującego Warbud zasługiwał częściowo na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający w pkt IV.1.2.1 lit. b SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Zamawiający zastrzegł, że *wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie publiczne musi znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. W szczególności wykonawca musi wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 140 mln zł.* Jak wynikało zaś z pkt V.4.2.2 SIWZ celem wykazania tego warunku należało złożyć *informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.*

Ustalono także, że celem wykazania tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca Erbud przy piśmie z 15 grudnia 2017 r. złożył:

- 1) opinię bankową z 1 grudnia 2017 r. wystawioną przez Alior Bank S.A.,
- 2) opinię bankową z 30 listopada 2017 r. wystawioną przez BGŻ BNP Paribas S.A.,
- 3) opinię bankową z 1 grudnia 2017 r. wystawioną przez mBank S.A.

W opinii Alior Bank S.A. wskazano, że wykonawca Erbud posiada:

- a) kwotę kredytu do wykorzystania na rachunku podstawowym – 7.301.246,50 zł,
- b) środki na rachunku pomocniczym – 355,32 euro,
- c) lokatę z dostępnym saldem – 10.381,77 zł.

Wskazano ponadto, że wykonawca „korzysta z następujących kredytów” i wymieniono:

- a) linię gwarancyjną na kwotę 2.000.000 euro, przy czym jej wykorzystanie wynosiło 776.067,35 euro,
- b) limit wierzytelności na kwotę 90.000.000 zł, co do którego wskazano, że w ramach limitu wierzytelności klient może korzystać:
 - kredyt w rachunku bieżącym – maksymalnie 10.000.000 zł,
 - limit na gwarancje – maksymalnie 80.000.000 zł.

Łączne wykorzystanie z tytułu ww. produktów kredytowych, funkcjonujących w ramach limitu wierzytelności nie może przekraczać kwoty 90.000.000 zł.

Ustalono ponadto, że w opinii BGŻ BNP Paribas S.A. wskazano m.in., że na rachunkach stan środków finansowych wynosił 2.357.797,60 zł i 2.556,10 euro. Ponadto wskazano, że Erbud korzysta z wielocelowej linii kredytowej z dnia 7 lipca 2005 r., z limitem do maksymalnej wysokości 84.000.000 zł. (...). Dopuszczalne formy kredytowania:

- kredyt w rachunku bieżącym – limit zaangażowania do maksymalnej wysokości 8.000.000,00 zł,
- odnawialna linia gwarancji – limit zaangażowania do maksymalnej wysokości 84.000.000 zł,
- odnawialna linia akredytyw – limit zaangażowania do maksymalnej wysokości 30.000.000 zł.

Ustalono również, że w opinii mBank S.A. wskazano m.in., że *firma posiada przyznaną linię na finansowanie bieżącej działalności w wysokości 80 mln zł w ramach której ma przyznany limit na gwarancje w wysokości 70 mln zł oraz kredyt w rachunku bieżącym w wysokości 10 mln zł. Dodatkowo linia na gwarancje w wysokości 10 mln zł.*

Za chybioną uznano argumentację obu odwołujących, że przy obliczaniu wysokości zdolności kredytowej przystępującego Erbud nie powinny być uwzględniane informacje dotyczące posiadanych limitów wierzytelności, linii gwarancyjnych, czy linii akredytyw. Wzięto pod uwagę, że wbrew stanowisku obu odwołujących są to produkty kredytowe. Powyższe wynikało z treści samych opinii bankowych. Na str. 2 opinii Alior Bank S.A. wskazano, że Erbud „korzysta z następujących kredytów” po czym wymieniono linię gwarancyjną i limit wierzytelności. Z opinii BGZ BNP Paribas wprost wynika, że odnawialna linia gwarancji i odnawialna linia akredytyw są częścią wielocelowej linii kredytowej. Z kolei w opinii mBank S.A. wskazano, że linia gwarancyjna, jest częścią linii kredytowej przyznanej na finansowanie bieżącej działalności. Nie polega zatem na prawdzie stanowisko odwołującego Warbud, jakoby banki w opiniach wyraźnie oddzielały wysokość środków w ramach linii kredytowych od wysokości środków dostępnych w ramach limitów gwarancyjnych.

Zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że przyznanie limitu wierzytelności, linii gwarancyjnej czy linii akredytyw następuje w drodze umowy zawieranej przez bank z klientem i jest poprzedzone oceną zdolności kredytowej klienta. Przyznanie takich linii kredytowych jest zatem dowodem, że w ocenie banku wykonawca posiada zdolność do spłaty tych produktów kredytowych do wysokości wynikającej z limitu. Jak słusznie wskazano w odpowiedzi na odwołanie, „skutek udzielonej gwarancji jest taki, że bank uruchamiając środki i wypłacając beneficjentowi czyni eo ipso zobowiązany do zwrotu równowartości tychże środków zlecającego gwarancję (w tym przypadku Erbud). Zatem w sensie

ekonomicznym i prawnym zobowiązuje się udzielić kredytu Erbud jako zlecającemu gwarancję". Ma zatem rację zamawiający przywołując stanowisko doktryny, że opisana wyżej wierzytelność regresowa banku oznacza przyznanie zlecającemu gwarancję kredytu.

Za błędne należy uznać stanowisko odwołującego Mostostal, jakoby zdolność kredytowa na gruncie Pzp musiała oznaczać tylko zdolność do pozyskania kredytu w wysokości umożliwiającej sfinansowanie tego konkretnego zamówienia. W ocenie Izby celem żądania informacji o zdolności kredytowej jest zweryfikowanie potencjału (zdolności) ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Z punktu widzenia badania tego potencjału, cel na jaki uruchomiono dostępny produkt kredytowy jest bez znaczenia. Wobec powyższego zarzut w opisanej wyżej części okazał się bezzasadny.

Dostrzeżenia wymagało, że w przypadku odwołania Mostostal były to jedyne okoliczności faktyczne, jakie przywołał on celem wykazania naruszenia. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia w całości zarzutu odwołującego Mostostal dotyczącego warunku zdolności finansowej. Odwołujący Mostostal wprowadził w treści swego pisma procesowego z 18 stycznia 2018 r. sformułował kolejny zarzut, podnosząc, że z opinii bankowych nie wynika, jaki jest faktyczny stopień wykorzystania środków przyznanych w ramach linii kredytowych. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zarzutu takiego próżno było szukać w treści odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*” W konsekwencji, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie mogła się odnieść do zarzutu, który nie został podniesiony w odwołaniu.

Odwołujący Warbud w swym odwołaniu podniósł natomiast drugą okoliczność faktyczną, mającą świadczyć o niewykazaniu przez Erbud warunku w zakresie zdolności finansowej. Wywiódł dodatkowo, że ze złożonych opinii bankowych w odniesieniu do produktów kredytowych nie wynika, jakim stopniu przyznane kredyty zostały wykorzystane.

Stanowisko odwołującego Warbud okazało się trafne. Podkreślić należy, że co do zasady zdolności kredytowe, rozumiane jako potencjał zaciągnięcia w przyszłości kredytu w określonej wysokości, a posiadane przez jednego wykonawcę w kilku bankach nie podlegają łączeniu. Oczywiście jest, że ewentualne zaciągnięcie w przyszłości kredytu w jednym banku, pociąga za sobą obniżenie posiadanej zdolności kredytowej w kolejnych instytucjach finansowych. Jednakże na kanwie analizowanej sprawy o zakazie tym nie może być mowy. Podkreślenia wymaga bowiem, że mogą podlegać łączeniu zdolności kredytowe jednego

wykonawcy wynikające z już podpisanych umów kredytowych zawartych z różnymi bankami. Zauważyć należy, że takie umowy kredytowe zostały zawarte przez banki przy znajomości sytuacji finansowej klienta, z tym również z uwzględnieniem faktu, że klient korzysta z przyznaných linii kredytowych w innych bankach. Taka sytuacja miała miejsce w analizowanej sprawie. Z treści wszystkich opinii złożonych zamawiającemu wynikało, że banki wypowiadały się o umowach kredytowych, które już podpisały z wykonawcą Erbud. W tej sytuacji oczywistym jest, że zdolności kredytowe wynikające z zawartych w przeszłości umów kredytowych w różnych bankach podlegają sumowaniu. Podkreślić w tym miejscu wymaga, że warunkiem takiego sumowania jest jednak stwierdzenie, w jakiej stopniu linie kredytowe są niewykorzystane. Nie można bowiem zaliczać na poczet warunku udziału w postępowaniu kredytów wykorzystanych. W skrajnym przypadku oznaczałoby to bowiem promowanie wykonawców o jak największym zadłużeniu kredytowym, a nie wykonawców legitymujących się jak najlepszą zdolnością do pozyskania środków finansowych.

Jak słusznie dostrzegł odwołujący Warbud, z opinii BGŻ Paribas ani z opinii mBank, nie wynikała informacja o stopniu wykorzystania przyznaných linii kredytowych. Informacja ta nie wynikała z także z opinii Alior Bank w odniesieniu do kredytu opisanego jako limit wiarytelności. Powyższe uniemożliwiało stwierdzenie, czy rzeczywiście wykonawca Erbud dysponuje wymaganą przez zamawiającego zdolnością kredytową. Wobec powyższego zamawiający powinien wezwać wykonawcę Erbud w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia stopnia wykorzystania przyznaných produktów kredytowych. Zamawiający wyjaśnienia tych okoliczności zaniechał. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wyjaśnienia przy tym wymagało, że Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp związana jest jedynie zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Izba nie była natomiast związana treścią żądania odwołującego, który domagał się wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku. Izba uznała, że na tym etapie wystarczające jest skierowanie do przystępującego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Dopiero gdyby okazało się, że wykazane zdolności kredytowe w połączeniu z dostępnymi środkami finansowymi nie są wystarczające celem wykazania spornego warunku, to zamawiający powinien skorzystać z procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

Przy wyrokowaniu nie wzięto pod uwagę kolejnych opinii bankowych załączonych przez przystępującego Erbud do jego pisma procesowego z 17 stycznia 2018 r. Dokumenty te nie zostały złożone zamawiającemu w toku postępowania i nie były badane przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji odwołujący nie mogli skutecznie kwestionować ich treści, w szczególności rozszerzyć zarzutów opisanych w odwołaniach. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu.

Za chybiony uznano sformułowany przez odwołującego Mostostal zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Erbud, której treść miała być niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący Mostostal domagał się odrzucenia oferty wykonawcy Erbud, podnosząc że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Powołując się na treść kosztorysów ofertowych, jakie wykonawca Erbud załączył do swej oferty wskazywał, że wykonawca miał nie wycenić pewnych elementów robót, bądź też wycenić elementy niezgodne z SIWZ. Odwołujący Mostostal podniósł, że zamawiający w rozdziale VI „opis sposobu przygotowania ofert” wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych. Ponadto argumentował, że zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 579-582 nie wyraził zgody na wniosek jednego z wykonawców o rezygnację z obowiązku składania tych kosztorysów.

Izba stwierdziła, że zamawiający w rozdziale II w pkt 8 SIWZ przesądził o charakterze kosztorysów ofertowych składanych przez wykonawców i ich znaczeniu. Zamawiający w postanowieniu tym wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że *dla ułatwienia wyliczenia ceny oferty i sporządzenia kosztorysów ofertowych Zamawiający przekazuje przedmiary robót (załącznik nr 3 do SIWZ), które stanowią tylko materiał pomocniczy i nie są podstawą do ustalenia wysokości wynagrodzenia w związku z przyjęciem wynagrodzenia ryczałtowego. Kosztorysy będą materiałem pomocniczym przy rozliczaniu i ocenie stopnia zaawansowania robót, a także przy rozliczaniu robót zaniechanych i zamiennych. Wykonawca ma prawo dopisywać pozycje, zmieniać obmiary, podstawy wyceny. Zamawiający zaleca, aby kosztorysy załączane do oferty (nie podlegające jednak ocenie) wykonane były w układzie maksymalnie zbliżonym do przekazanych przedmiarów.*

Analiza przywołanego postanowienia prowadziła do wniosku, że zamawiający jednoznacznie uznał, iż przedmiary robót i sporządzone na ich podstawie kosztorysy ofertowe mają wyłącznie charakter pomocniczy. Co więcej, zamawiający przyznał także wykonawcom prawo do daleko idącej ingerencji w treść przedmiarów robót, która mogła polegać nawet na dopisywaniu pozycji, zmianie obmiarów itp. Co najważniejsze jednak, w końcowej części postanowienia wyraźnie podkreślono, że kosztorysy choć mają być dołączane do oferty, to jednak nie będą podlegały ocenie. Z powyższego wynikało, że zamawiający w ogóle zrezygnował z weryfikacji treści tych dokumentów.

Swe stanowisko co do charakteru spornych dokumentów zamawiający utrzymał również w odpowiedziach na pytania zadawane przez wykonawców, w tym również w tych, na jakie powoływał się sam odwołujący Mostostal. Przykładowo w odpowiedzi na pytanie nr 584 z dnia 17 listopada 2017 r. zamawiający powtórzył, że zgodnie z zapisami SIWZ kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie.

Tymczasem istota zarzutu odwołującego sprowadzała się do tego, że domagał się aby zamawiający ocenił kosztorysy złożone przez wykonawcę Erbud i w wyniku ich negatywnej weryfikacji dokonał czynności odrzucenia oferty. Zaakceptowanie stanowiska odwołującego Mostostal oznaczałoby przyzwolenie na zmianę ustalonego w SIWZ charakteru składanych kosztorysów po terminie składania ofert. Taka zmiana ustalonych i ostatecznych reguł godziłaby w zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że treść SIWZ wraz z upływem terminu składania ofert stała się ostateczna i jest wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Odstąpieniem od jej wyraźnego brzmienia byłoby w tej sytuacji przystąpienie do oceny złożonych kosztorysów. Wobec powyższego zarzut odwołującego Mostostal podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano sformułowany przez odwołującego Mostostal zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z powodu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Erbud i Warbud, którzy mieli dopuścić się błędu w obliczeniu ceny.

Jak wynikało z pkt II SIWZ, *przedmiotem zamówienia jest wykonanie na zasadzie generalnego wykonawstwa, kompleksowej realizacji budynku A wchodzącego w skład obiektu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej (CMN) wraz z budową łącznika naziemnego do Centrum Medycyny Inwazyjnej, infrastrukturą techniczną, sieciami, przyłączami, zagospodarowaniem terenu, robotami rozbiórkowymi a także dostawą, montażem, instalacją i uruchomieniem wymagającego wbudowania i stałych podłączeń sprzętu medycznego oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie dla ww. budynku i łącznika.*

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie wszystkich niezbędnych robót i czynności dla realizacji opisanego wyżej etapu 2 Centrum Medycyny Nieinwazyjnej, jak również wykonanie wszystkich robót tymczasowych i towarzyszących, a w szczególności związanych z zabezpieczeniem istniejącej na terenie objętym inwestycją zieleni, infrastruktury drogowej, budynków i niepodlegających przebudowie lub likwidacji sieci.

Ponadto przedmiot zamówienia obejmuje dostarczenie, montaż, instalację i uruchomienie wymagającego wbudowania i stałych połączeń sprzętu medycznego wraz z systemami sterującymi, na co składają się następujące czynności główne:

- dostarczenie i montaż sprzętu będącego przedmiotem zamówienia;
- wykonanie połączeń sprzętu będącego przedmiotem zamówienia do wszystkich niezbędnych mediów potrzebnych dla prawidłowej pracy sprzętu, zgodnie z *Warunkami Technicznymi*;
- instalacja i uruchomienie, kalibracja lub strojenie;
- szkolenie osób wskazanych przez Zamawiającego na potrzeby obsługi sprzętu będącego przedmiotem zamówienia oraz bieżącej konserwacji;

-wykonywanie usług serwisu gwarancyjnego.

Jak wynikało ze wzoru tabeli kosztów, jednym z elementów przedmiotu zamówienia była instalacja gazów medycznych.

Ustalono ponadto, że wykonawcy Erbud i Warbud złożyli oferty, podając w formularzach ofertowych ceny brutto za wykonanie całości zamówienia. Do ofert swych załączyli wypełnione tabele kosztów. W tabelach tych w pozycji IV.6P „instalacja gazów medycznych” podali wartość prac netto i brutto. Porównanie tych wartości prowadziło do wniosku, że przy wycenie tego elementu oferty uwzględniono podatek VAT w wysokości 8 %.

W myśl art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535) stawka podatku VAT wynosi 23%. Zgodnie zaś z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146 a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8%. W załączniku nr 3, w poz. 105, ustawodawca wskazał wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym w rozumieniu poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Ocena prawidłowości przyjętej przez wykonawców Warbud i Erbud stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8% dla instalacji gazów medycznych zależała od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznych świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że *w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do*

lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) *jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).*

Strony i uczestnik postępowania przedstawiły Izbie szereg interpretacji indywidualnych, w których uprawnione organy podatkowe na tle zbliżonych stanów faktycznych zajmowały całkowicie odmienne stanowiska. Wykonawca Erbud w swym piśmie z 15 stycznia 2018 r., jakie zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie podniósł, że na konieczność zastosowania stawki VAT w wysokości 8% dla instalacji gazów medycznych wykonywanej przy budowie budynków szpitalnych, wskazywała interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 8 lipca 2013 r., interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2014 r., interpretacja ogólna Ministra Finansów z 30 marca 2012 r. Na powyższe wskazywały także złożone przez przystępującego Warbud interpretacje: interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 15 września 2016 r. sygn. IPPP3/4512-517/16/RD, interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 6.10.2017 r. sygn. 0115-KDITI-1.4012.185.2017.4.RH.

Z kolei odwołujący Mostostal wymienił odmienne interpretacje: interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 4 maja 2011 r. (sygn. IBPP2/443-191/11/RS), interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 5 maja 2009 r. (sygn. IPPP1-443-306/09-2/MP),

Powyższe dowodziło, że stanowisko właściwych organów w kwestii możliwości uznania instalacji gazów medycznych wykonywane w trakcie budowy budynku szpitala jako elementu świadczenia kompleksowego jest niezwykle chwiejne. Izba stwierdziła, że w tej sytuacji to na odwołującym Mostostal spoczywał ciężar wykazania, że stawki podatku VAT przyjęte przez przystępującego Warbud i wykonawcę Erbud są nieprawidłowe. Wzięto pod uwagę, że to odwołujący Mostostal zainicjował spór przed Izbą i to on powinien wykazać prawidłowość swego stanowiska. Zdaniem Izby, w sytuacji, w której właściwe organy tak rozbieżnie oceniały całkowicie zbliżone stany faktyczne koniecznym było, aby odwołujący

przedstawił w charakterze dowodu interpretację indywidualną właściwego organu wydaną w tej konkretnej sprawie i z uwzględnieniem jej niuansów. W ocenie Izby takim odrębnością w tej sprawie jest choćby to, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko budowa szpitala, ale także dostawa sprzętu i wyposażenia na jego potrzeby. Odwołujący Mostostal takiego dokumentu Izbie nie przedstawił. Oświadczył jedynie gołosłownie, że wystąpił z wnioskiem o wydanie interpretacji, ale na moment rozprawy stanowiska organu podatkowego nie uzyskał. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że negatywne skutki takiego zaniechania musi ponieść odwołujący Mostostal, jako ta strona, na której spoczywał ciężar udowodnienia zasadności podnoszonego zarzutu. W braku wiarygodnego dowodu Izba stwierdziła, że wykonawcy Warbud i Erbud oferując wykonanie instalacji gazów medycznych ze stawką VAT 8 % nie popełnili błędu w obliczeniu ceny.

Izba nie uznała za wiarygodnego dowodu mającego przesądzać o nieprawidłowości stawek podatkowych, zaoferowanych przez Erbud i Warbud argumentacji opartej na systematyce dokumentacji przetargowej. Izba wzięła pod uwagę, że z dużą swobodą argumentację przeciwną także opartą na systematyce dokumentów przetargowych była w stanie sformułować strona przeciwna, tj. zamawiający, przystępujący Warbud i wykonawca Erbud w swym piśmie załączonym do odpowiedzi na odwołanie.

Nie mógł być uznany za rozstrzygający dowód w postaci przedstawionej na rozprawie faktury VAT za rurę będącą elementem instalacji gazów medycznych. Zastosowana przez handlującego rurami stawka podatkowa VAT 23 % na ten pojedynczy element, będący jedynie częścią instalacji gazów medycznych, nie przesądzała o prawnopodatkowej klasyfikacji wykonania instalacji gazów medycznych dla zamawiającego.

Za rozstrzygający i wiarygodny dowód nie zostały także uznane załączone do pisma procesowego odwołującego Mostostal z 18 stycznia 2018 r. instrukcje użytkownika poboru PPI do gazów medycznych i próżni czy instrukcja użytkownika skrzynki zaworowo-informacyjnej SZI. Oczywistym jest, że wykonanie spornej instalacji będzie wymagało właściwej kolejności robót czy ingerencji w substancję budynku. Powyższe, choćby w świetle złożonych przez wykonawcę Warbud interpretacji, nie przesądza jeszcze o konieczności opodatkowania tego elementu stawką VAT 23%.

Dostrzeżenia wymagało również, że lider konsorcjum odwołującego Mostostal przy ofertowaniu na tożsamy element w trakcie postępowania prowadzonego przez tego samego zamawiającego na etap 1 inwestycji zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%, a więc dokładnie taką, jaką wykonawcy Erbud i Warbud. Powyższe wynikało z wyciągu z oferty lidera konsorcjum odwołującego Mostostal w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przedmiocie kompleksowej realizacji budynków B, C, D wchodzących w skład obiektu Centrum medycyny Nieinwazyjnej – etap I, nr postępowania ZP/9/2016 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut podlegał oddaleniu.

Za zasadny uznano sformułowany przez odwołującego Warbud zarzut dotyczący niewykazania przez Erbud spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót geotechnicznych.

Ustalono, że zamawiający w pkt IV. 1.3.1. b SIWZ postawił warunek, zgodnie z którym osoba proponowana na stanowisko kierownika robót geotechnicznych powinna posiadać *uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w specjalizacji geotechnika oraz posiadać minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót geotechnicznych lub geotechnik.*

Zamawiający wskazał także, że *określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2017 poz. 1332, 1529) oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r. nr 63, poz. 394 z póź. zm).*

Ustalono także, że do pełnienia ww. funkcji wykonawca Erbud zaproponował panią U. P. W odpowiedzi na wezwanie kierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przy piśmie z 15 grudnia 2017 r. złożył wykaz osób, w którym oświadczył, iż posiada ona:

1.01.1984 – uprawnienia budowlane projektowe specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr 15/84/Lw;

18.07.1989 r. - uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń nr UA-IV/8346/95/TO/89.

Powyższe informacje zostały powtórzone przez wykonawcę Erbud w załączniku nr 6d do wykazu osób.

Jak słusznie podniósł odwołujący Warbud, z oświadczeń tych nie wynikało, aby pani U. P. legitymowała się specjalizacją „geotechnika” w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

Zasadne jest poczynienie w tym miejscu rozważań na temat specjalizacji techniczno-budowlanych. Otóż, jak wynika z obowiązującego obecnie rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 11 września 2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278), wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w specjalnościach budowlanych określa załącznik nr 4 do rozporządzenia (§16). W załączniku tym w ramach specjalności konstrukcyjno-budowlanej wyodrębniona

została m.in. specjalizacja techniczno-budowlana „geotechnika”, jakiej oczekiwał zamawiający w SIWZ.

Zgodnie z § 17 rozporządzenia, *osoba ubiegająca się o uzyskanie specjalizacji techniczno-budowlanej potwierdza:*

- 1) posiadanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności, w której wyodrębniono daną specjalizację;*
- 2) odbycie, po uzyskaniu uprawnień budowlanych, pięcioletniej praktyki w zawodzie w ramach posiadanych uprawnień budowlanych, o których mowa w pkt 1 w zakresie specjalizacji, o którą się ubiega, przy sporządzaniu projektów, w przypadku specjalizacji do projektowania, lub na budowie, w przypadku specjalizacji do kierowania robotami budowlanymi.*

W myśl zaś § 18 rozporządzenia, *do wniosku o nadanie specjalizacji techniczno-budowlanej należy dołączyć:*

- 1) decyzję o nadaniu uprawnień budowlanych;*
- 2) oświadczenie potwierdzające odbycie praktyki, o której mowa w § 17 pkt 2, zawierające wyszczególnienie obiektów budowlanych, przy których projektowaniu lub budowie brała udział osoba ubiegająca się o nadanie specjalizacji.*

Zbliżone przepisy obowiązywały także na tle poprzednio obowiązujących rozporządzeń (por. § 25 i n. rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 28 kwietnia 2006 r. - Dz.U. nr 83, poz. 578; § 25 i n. rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 18 maja 2005 r. - Dz.U. Nr 96, poz. 817; § 18 i n. rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 30 grudnia 1994 r. - Dz.U. 1995 Nr 8, poz. 38 z późn. zm.).

Jak wynika z powyższego warunkiem wystąpienia z wnioskiem o nadanie specjalizacji techniczno-budowlanej jest jedynie legitymowanie się uprawnieniami budowlanymi w specjalności, w której wyodrębniono daną specjalizację oraz udokumentowanie odpowiedniej praktyki. Zwieńczeniem procesu jest decyzja wydawana przez organ samorządu zawodowego. Specjalizacja techniczno-budowlana to zatem uzyskiwane w drodze właściwej decyzji organu samorządowego potwierdzenie, że w ramach swojej specjalności osoba może pochwalić się długoletnią praktyką w jednej z mniejszych, wyodrębnionych w ramach danej specjalności dziedzin, które to dziedziny ustawodawca nazwał specjalizacjami techniczno-budowlanymi. Jest to element fakultatywny. Co warte podkreślenia, uzyskanie specjalizacji techniczno-budowlanej żadną miarą nie wpływa na treść i zakres posiadanych uprawnień budowlanych w odpowiedniej specjalności. W

szczegółności brak specjalizacji nie uniemożliwia wykonywania funkcji kierownika budowy w dziedzinie, jakiej dotyczy specjalizacja.

Dostrzeżenia wymaga także, że z przepisów przywołanych rozporządzeń nie wynika ograniczenie, aby o nadanie specjalizacji techniczno-budowlanej mogły ubiegać się wyłącznie osoby, które uzyskały uprawnienia budowlane nabyte w czasie obowiązywania ww. rozporządzeń. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów administracyjnych. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2015 r. VI SA/Wa 2776/14 wskazano bowiem, że *co do obecnych możliwości ubiegania się przez skarżącego o nadanie mu ww. specjalizacji w zakresie uprawnień budowlanych (projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – por. ww. decyzję Wojewody (...) z (...) marca 1992 r.), które nabył pod rządami poprzedniej ustawy Prawo budowlane z 24 października 1974 r., odnotować należy, że z nowej - obowiązującej ww. ustawy Prawo budowlane (upb) z 7 lipca 1994 r. takie ograniczenie nie wynika. W szczególności stosownie do art. 104 tej ustawy osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Jednakże – zdaniem Sądu - dalsze, pod rządami nowego prawa, starania legitymującego się takimi uprawnieniami (jak w tej sprawie ubieganie się skarżącego o nadanie mu ww. specjalizacji techniczno-budowlanej w związku z posiadanymi już uprawnieniami budowlanymi) podlegają ocenie i rozstrzygnięciu stosownie do przepisów obowiązującej ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. i przepisów wykonawczych do tej ustawy, według treści tych przepisów uwzględniających datę wystąpienia z wnioskiem o nadanie specjalizacji.*

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, za chybione należało uznać stanowisko zamawiającego i przystępującego Erbud. Wywiedli oni w swych pismach procesowych, że skoro pani Paderewska nabyła uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w 1989 r. (a zatem jeszcze pod rządami ustawy Prawo budowlane z 24 października 1974 r.,) kiedy w ramach specjalności budowlanych nie były wyodrębniane specjalizacje techniczno-budowlane, to na zasadzie praw nabytych należało uznać za wystarczające posiadane przez nią uprawnienia budowlane. Zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane z 7 lipca 1994 r. (t. j. z 2017 r. poz. 1332) *osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.* Przepis ten formułuje zasadę praw nabytych. Jednakże treść uprawnień zawodowych nabytych przez panią Paderewską nie obejmowała stwierdzenia przez uprawniony organ, że

w dziedzinie „geotechnika” posiada ona długoletnią praktykę. Prawdą jest, że pani Paderewska uzyskała uprawnienia budowlane w 1989 r., kiedy jeszcze nie można było ubiegać się o nadanie specjalizacji techniczno-budowlanej w ramach posiadanej specjalności. Jednakże możliwość wystąpienia przez nią ze stosownym wnioskiem o nadanie wymaganej przez zamawiającego specjalizacji techniczno-budowlanej „geotechnika” w specjalności konstrukcyjno-budowlanej pojawiła się po wejściu w życie Prawa budowlanego z 1994 i przywołanych rozporządzeń wykonawczych, a zatem od samego początku, kiedy taka możliwość została przez ustawodawcę stworzona. O tym, że taka możliwość istniała świadczy choćby stan faktyczny na podstawie którego został wydany przywoływany już wcześniej wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2015 r. VI SA/Wa 2776/14. Podkreślenia wymagało, że wyrok ten został wydany właśnie na kanwie stanu faktycznego, w którym wnioskodawca posiadający uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nadane na podstawie przepisów Prawa budowlanego z 1974 r. (a więc tych samych przepisów, na podstawie których swe uprawnienia uzyskała pani Paderewska), wystąpił w 2013 r. o nadanie mu specjalizacji techniczno-budowlanej „geotechnika” w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Jak wynika z opisu stanu faktycznego tej sprawy wnioskodawca uzyskał decyzję właściwego *o nadaniu specjalizacji techniczno-budowlanej geotechnika w specjalności konstrukcyjno - budowlanej do:*

- 1. sporządzenia projektów w zakresie rozwiązań konstrukcyjno-budowlanych budynków oraz innych budowli, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz nawierzchni lotniskowych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych,*
- 2. kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz kontrolowania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków oraz innych budowli, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz nawierzchni lotniskowych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych.*

Faktem jest, że wnioskodawca uzyskał specjalizację techniczno-budowlaną „geotechnika” w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z ograniczeniem wymienionym w pkt 1 i 2 powyżej. Jednakże powyższe było wynikiem ograniczeń wynikających z treści posiadanych przez niego uprawnień budowlanych. Tym niemniej jednak z pewnością taką samą specjalizację co wnioskodawca w opisaniej sprawie mogła uzyskać pani Paderewska.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nieprawidłowo uznał, że przystępujący Erbud wykazał spełnianie warunku co do dysponowania osobą kierownika robót geotechnicznych. Nie wykazano bowiem, aby pani Paderewska posiadała specjalizację techniczno-budowlaną geotechnika w ramach posiadanej przez siebie specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Niewystarczające było wykazanie przez Erbud doświadczenia

zawodowego pani Paderewskiej. Wymóg doświadczenia zawodowego był kolejnym, odrębnym wymogiem obok postawionego także warunku legitymowania się stosowną specjalizacją. W tej sytuacji zamawiający powinien wezwać przystępującego Erbud w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego Warbud co do niewykazania przez przystępującego Erbud warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami na stanowiska kierownika robót drogowych a także kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych.

Ustalono, że zamawiający w pkt IV. 1.3.1. b SIWZ postawił warunek, zgodnie z którym osoba proponowana na stanowisko kierownika robót drogowych powinna posiadać m.in. *minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót drogowych*. Zamawiający zastrzegł ponadto, że osoba proponowana na stanowisko kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych musi posiadać *minimum 10 lat pracy na samodzielnym stanowisku technicznym: kierownik robót teletechnicznych, w tym na budowie co najmniej jednego obiektu o VI kategorii złożoności robót budowlanych*.

Ustalono także, że zgodnie z pkt V.4.3. 2) SIWZ celem wykazania tego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami-załącznik nr 6 do SIWZ. W kolei we wzorze załącznika nr 6 do SIWZ (wzór wykazu osób) w tabeli zamawiający przewidział do wypełnienia m.in. kolumnę zatytułowaną „doświadczenie”.

Ustalono także, że przystępujący Erbud przy piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r. złożył zamawiającemu wykaz osób. W wykazie tym w wierszu dotyczącym kierownika robót drogowych wpisał pana K. F.W kolumnie „doświadczenie” wpisano: *ponad 10-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych – wykaz doświadczenia zawodowego potwierdzającego wymóg SIWZ dołączony do wykazu, jako załącznik 6e*. W wierszu zaś dotyczącym kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych wpisał pana R. C.. W kolumnie „doświadczenie” wpisano: *ponad 10-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownik robót teletechnicznych, w tym realizacja CMI dla Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku – spełniającego kryteria dla obiektu o VI kategorii złożoności robót budowlanych – wykaz doświadczenia zawodowego potwierdzającego wymóg SIWZ dołączony do wykazu, jako załącznik 6f*.

Do wykazu załączono załącznik 6e. W załączniku tym w odniesieniu do pana K. F. wskazano, że posiada on doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót / kierownika budowy, po czym wymieniono z nazwy osiemnaście kontraktów, kontrakty te były realizowane w okresie od 07.1999 do chwili obecnej.

Do wykazu załączono załącznik 6f. W załączniku tym w odniesieniu do pana Romana C.ego wskazano, że posiada on doświadczenie w realizacji przedsięwzięć, po czym wymieniono z nazwy pięćdziesiąt cztery kontrakty, kontrakty te były realizowane w okresie od 03.2001 do chwili obecnej.

Istota zarzutu odwołującego Warbud sprowadzała się do twierdzenia, że przystępujący Erbud w wykazach tych nie udowodnił, że pan F. na wskazanych w załączniku 6e kontraktach pełnił funkcję kierownika robót drogowych. Przystępujący miał także nie wykazać, że na wskazanych w załączniku 6f przedsięwzięciach pan C. pełnił funkcję kierownika robót teletechnicznych.

Izba wzięła pod uwagę postanowienia SIWZ co do zakresu i sposobu, w jaki należało wykazać wymagane doświadczenie obu kierowników. W pkt V.4.3. 2) SIWZ wymagano ogólnie podania w wykazie osób „informacji na temat doświadczenia”. Z kolei w treści wzoru wykazu stanowiącego zał. nr 6 znajdowała się rubryka zatytułowana lakonicznie „doświadczenie”. Co istotne, zamawiający nie sprecyzował, co należy rozumieć przez informacje na temat doświadczenia. Nie sprecyzował w szczególności, że to doświadczenie należy opisać poprzez wskazanie kontraktów, na jakich dana osoba miała pełnić funkcję kierownika robót. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu istotna była jedynie długość okresu pełnienia funkcji na danym stanowisku technicznym.

W ocenie Izby przy takim lakonicznym brzmieniu przywołanych postanowień SIWZ, za wystarczające można było uznać złożenie oświadczenia, w którym wykonawca potwierdza, że dana osoba posiada minimum 10 lat pracy na wymaganym w SIWZ stanowisku, bez precyzowania na jakim kontrakcie doświadczenie swe zdobyła. Przystępujący Erbud złożył stosowne oświadczenia w wykazie osób. Ponadto dodatkowo, z własnej inicjatywy załączył do wykazu załączniki 6E i 6F, w których wskazał na jakich inwestycjach dana osoba zdobywała doświadczenie. Rzeczywiście w treści załącznika 6e wykonawca informował, że jest to doświadczenie na stanowisku kierownika robót/ kierownika budowy, nie precyzując na którym z kontraktów które z tych stanowisk zajmował. Jednakże informacja ta była zbyteczna w świetle wymogów dowodowych, jakie nałożono na wykonawców w SIWZ. Nie wykazano przy tym aby treść załącznika 6E była sprzeczna z treścią oświadczenia złożonego w wykazie.

Z kolei w przypadku kierownika robót teletechnicznych i niskoprądowych w załączniku 6 F wykonawca wskazał, na jakich kontraktach osoba ta pracowała, istotnie nie informując, jakie zajmowała wtedy stanowisko. Jednakże i tutaj informacja ta była zbędna. Nie zostało także wykazane przez odwołującego aby informacje z załącznika 6f były niezgodne z treścią oświadczenia złożonego w wykazie osób. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3, 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy stwierdzono po rozpoznaniu sprawy o sygn. akt KIO 24/18. Naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkiem zaniechanych przez zamawiającego czynności może być konieczność wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę przedwcześnie wybrano jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- a) wezwanie wykonawcy Erbud w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót geotechnicznych, o którym mowa w pkt IV.1.3.1. lit. b SIWZ,
- b) wezwanie wykonawcy Erbud w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę 15 grudnia 2017 r. na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej przez wskazanie w jakiej części pozostawały niewykorzystane produkty kredytowe wymienione w tych dokumentach.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła w sprawach o sygn. akt KIO 2748/17 i KIO 24/18, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 4 sentencji.

Odnośnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” J. J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w*

całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W sprawie o sygn. akt KIO 24/18 Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 i chybione w takiej samej części. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego Warbud. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego Warbud w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3.600 zł, zatem łącznie 23.600 zł. Odwołujący Warbud poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20.000 tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.800 zł (23.600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego Warbud kwotę 8.200 zł (20.000 zł – 11.800 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego Warbud a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 24/18 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 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 ze zm.).

W sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 Izba stwierdziła, że w zakresie rozpoznawanym merytorycznie odwołanie podlegało oddaleniu. Zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący Mostostal.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2748/17 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: