

WYROK

z dnia 12 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o.

z siedzibą w Pruszkowie; Ed ZUBLIN AG z siedzibą w Stuttgarcie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Dziecięcy z siedzibą w Lublinie,

przy udziale wykonawcy: G.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G.P. z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie; Ed ZUBLIN AG z siedzibą w Stuttgarcie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej zwanej również „ustawą

Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Przebudowa Bloku Operacyjnego i Zakładu Diagnostyki Obrazowej wraz z dostawą aparatury medycznej w ramach projektu nr POIS.09.02.00-00-0067/17, znak sprawy 6/19 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 025-054273 w dniu 5 lutego 2019 r.

W dniu 30 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie; Ed ZUBLIN AG z siedzibą w Stuttgarcie (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, naruszającej interes prawny odwołującego, polegającej na odrzuceniu jego oferty w postępowaniu. W ocenie odwołującego dokonanej przez zamawiającego czynności, naruszają art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania. Na wstępie podkreślił, że zastosowanie w tym samym postępowaniu przez dwóch wykonawców dwóch różnych stawek podatku VAT nie zawsze jest błędem w obliczeniu ceny i nie prowadzi automatycznie do uznania, że jedna z ofert zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT. Może bowiem dojść do sytuacji, gdy dwóch wykonawców, na ten sam przedmiot zamówienia, stosuje dwie różne stawki podatku VAT. Okoliczność taka, sama w sobie, nie jest podstawą do odrzucenia jednej z ofert jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Między innymi w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2723/17, skład orzekający zwrócił uwagę, że wykonawca ma możliwość zastosowania podstawowej stawki VAT także wtedy, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie uprawnia go do

zastosowania stawki preferencyjnej. Tym samym, gdy dany wykonawca jest uprawniony do zastosowania preferencyjnej stawki VAT w sytuacji, gdy inny wykonawca stosuje stawkę podstawową, żadna z ofert nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy odwołujący argumentował, że fakt zastosowania podstawowej stawki podatku VAT przez firmę MAX-BUD G.P. na wykonanie systemu integracji sal operacyjnych nie oznacza automatycznie, że oferta odwołującego, przewidująca stawkę preferencyjną, zawiera błąd w obliczeniu ceny. Na gruncie niniejszej sprawy powinna zostać dokonana samodzielna ocena czy zastosowanie stawki preferencyjnej przez odwołującego było dopuszczalne. W ocenie odwołującego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wykonawca MAX-BUD zastosował podstawową stawkę podatku VAT, do czego był uprawniony, gdyż stawka taka może być zastosowana w każdym wypadku nawet jak zachodzą przesłanki do zastosowania stawki preferencyjnej. Odwołujący również był uprawniony do zastosowania stawki preferencyjnej dotyczącej części B przedmiotu zamówienia tj. części dotyczącej wyrobów medycznych.

Odwołujący wywodził, że był uprawniony do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT na część zamówienia dotyczącą wykonania integracji systemu sal operacyjnych, gdyż zamówienie w tym zakresie dotyczy dostarczenia wyrobu medycznego, który nie jest integralnie związany z wykonywaniem robót budowlanych. Zamawiający w pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) dokonał podziału przedmiotu zamówienia na dwie części: (i) część A - robota budowlana polegająca na wykonaniu robót budowlano-instalacyjnych związanych z przebudową Bloku Operacyjnego i Zakładu Diagnostyki Obrazowej Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Lublinie; (ii) część B - dostawa aparatury medycznej. Podział przedmiotu zamówienia, czy też objęcia jednym zamówieniem dwóch różnych zamówień, a który jest dopuszczalny na podstawie art. 5c ustawy Pzp oznacza, że przedmiot zamówienia nie ma charakteru kompleksowego i składa się z dwóch osobnych elementów, które mogłyby być przedmiotem osobnych zamówień. Jednocześnie zamawiający wskazał w SIWZ, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załącznikach: nr 9 - część dotycząca dostaw aparatury medycznej (część B), nr 10-15 - część dotycząca robót budowlanych (część A). Załącznik nr 9 zawiera wykaz sprzętu jaki ma zostać dostarczony w ramach dostawy aparatury medycznej. W ramach tego załącznika przewidziano nie tylko same dostawy ale również roboty instalacyjne związane z dostarczaniem sprzętem, które są świadczeniem pomocniczym względem dostaw (są elementem świadczenia kompleksowego). Powyższe oznacza, że wykonanie pewnych robót budowlanych powiązanych jest z dostawą i instalacją sprzętu medycznego, nie jest związane z częścią przedmiotu zamówienia dotyczącą robót budowlanych. Realizacja tych prac w ramach dostawy sprzętu ma charakter usługi kompleksowej objętej jedną

preferencyjną stawką podatku VAT dla wyrobów medycznych. Odnosząc się z kolei do kwestii wykonania systemu integracji sal operacyjnych to wykonanie tego elementu zamówienia jest pochodną sprzętu dostarczanego do sal operacyjnych i związane jest z tą częścią zamówienia (część B), nie jest zaś pochodną realizacji robót budowlanych i nie mieści się w tej części (część A). Wynika to z tego, że nie jest możliwe wykonanie systemu integracji sal operacyjnych bez dostawy sprzętu - system integruje ze sobą dostarczane urządzenia medyczne do sal operacyjnych i bez tych urządzeń ani nie można go zaprojektować ani wykonać. System nie integruje wykonywanych robót budowlanych. Potwierdza to dokumentacja techniczna, która jest załącznikiem do SIWZ i która opisuje sposób wykonania systemu (załącznik nr 11). Zauważyć należy, że załącznik nr 11 obejmuje nie tylko prace budowlane, ale również precyzuje wymagania w zakresie dostawy sprzętu medycznego (s. 43-55). Wymagania w tym zakresie zawarte są w dokumencie „Projekt wykonawczy zamienny architektura. Opis Techniczny”. W opisie technicznym do tego projektu wyodrębniony został osobny rozdział dotyczący integracji systemu sal operacyjnych. Przywoływane zapisy dokumentacji projektowej jednoznacznie wskazują, że cel systemu nie jest związany z wykonywaniem robót budowlanych objętych częścią A przedmiotu zamówienia, ale jest integralnie związany z częścią B przedmiotu zamówienia. System integruje sprzęty dostarczane w ramach części B przedmiotu zamówienia i nie jest on bezpośrednio powiązany z realizacją prac w ramach części A. Oddzielenie systemu integracji sal operacyjnych od dostawy aparatury medycznej i uwzględnienie systemu w części A dotyczącej robót budowlanych miałyby charakter sztuczny, gdyż urządzenia i system stanowią całość ekonomiczną, a dostarczany system jest środkiem do ulepszenia świadczenia dotyczącego dostawy aparatury medycznej, gdyż pozwala na jej lepsze wykorzystanie, ponieważ poszczególne urządzenia działają wspólnie w ramach jednego systemu a nie każde oddzielnie. Wykonanie systemu integracji w żaden sposób nie wpływa na ulepszenie robót budowlanych i nie tworzy całości ekonomicznej z robotami budowlanymi i nie stanowi z nimi świadczenia kompleksowego. Przywoływał w tym zakresie orzeczenie zapadłe w sprawie o sygn. akt KIO 2320/18 z dnia 28 listopada 2018 r.

W dalszej części stwierdzał, że części A i część B przedmiotu zamówienia nie są jednym świadczeniem kompleksowym a każda z tych części może być wykonana w ramach osobnego zamówienia. Przemawiają z tym następujące okoliczności: (i) Dostawy systemów integracji sal operacyjnych stanowią przedmiot odrębnych postępowań przetargowych nie związanych z robotami budowlanymi, co oznacza, że zamówienia w tym zakresie nie są w sposób nierozdzielny związane z pracami budowlanymi i nie stanowią usługi kompleksowej związanej z robotami budowlanymi. Rozdzielenie prac budowlanych od wykonania systemu integracji nie jest zabiegiem sztucznym ale normalną praktyką rynkową. W charakterze przykładu odwołujący przedłożył listę postępowań dotyczących wyłącznie przeprowadzenia integracji systemów sal operacyjnych, w załączeniu do odwołania; (ii) przedmiot zamówienia jest niejednorodny, obejmuje roboty budowlane polegające na wykonaniu robót budowlano-instalacyjnych związanych z przebudową Bloku Operacyjnego i Zakładu Diagnostyki Obrazowej (część A) oraz dostawę aparatury medycznej (część B). Każdy z wykonawców zastosował dwie stawki VAT 8% dla części B i 23% dla części A. Zastosowanie dwóch osobnych stawek podatku VAT nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego tj. nie odrzucił żadnej z ofert, która przewidywała stawkę 8% na dostawę aparatury medycznej; (iii) znikoma wartość robót budowlanych związanych z instalacją systemu integracji sal operacyjnych w ramach dostawy systemu oraz całości oferty. Odwołujący wskazywał, że prace w zakresie systemu integracji zamierza powierzyć podwykonawcy. Z informacji potencjalnego podwykonawcy, z którym odwołujący w razie zawarcia umowy z zamawiającym być może zawrze umowę podwykonawczą wycenia, że prace instalacyjne związane z układaniem okablowania w ramach wykonywania systemu integracji stanowią około 2% wartości prac dotyczących realizacji systemu. Przeważająca część robót w ramach wykonania systemu integracji sal operacyjnych ma charakter dostawy sprzętu i systemów informatycznych a nie prac budowlanych; w terminie składania ofert wpłynęły 4 oferty, z których 2 oferty (konsorcjum Strabag i ERBUD OPERATIONS Sp. z o.o.) w zakresie Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzór Formularza Kosztorysu Ofertowego posiadały wyodrębnioną pozycję na kompleksowy system integracji sal operacyjnych z zastosowaną 8% stawką VAT. Wskazuje to, że również inny wykonawca, nie tylko odwołujący, traktował system integracji sal jako części przedmiotu zamówienia związaną z dostawą aparatury medycznej i podlegającą opodatkowaniu preferencyjną stawką podatku VAT; (v) system integracji sal operacyjnych jest zarejestrowanym wyrobem medycznym w klasie I i objęty jest stawką VAT w wysokości 8% zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U. 54 poz. 535) załącznik 3 poz. 105 „Wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”, w związku z czym wykonawca nie powinien mieć trudności z wyodrębnieniem wynagrodzenia za system od wartości pozostałego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Stwierdzał ponadto iż fakt, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego powołał się na wyrok KIO zapadły w sprawie KIO 731/19 tj. innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest działaniem błędnym. W ocenie odwołującego wyrok zapadły w innej

sprawie i dotyczący innej oferty nie jest wiążący w niniejszej sprawie i zamawiający samodzielnie powinien dokonać oceny oferty odwołującego. Również Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana tym wyrokiem, nawet jeżeli wyrok ten dotyczył tego samego postępowania ale innego wykonawcy, gdyż nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, ponieważ w sprawie KIO 731/19 występował inny odwołujący tj. MAX-BUD. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż Izba w sprawie KIO 731/19 nie uznała oferty odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i nie nakazała odrzucenia jego oferty.

Ponadto podnosił, że Izba w uzasadnieniu wyroku KIO 731/19 wskazała, że zamawiający nie zajął stanowiska, czy świadczenie będące przedmiotem zamówienia ma charakter świadczenia kompleksowego. Nie odniósł się do tej kwestii również ani w piśmie o odrzuceniu oferty Max-Bud, jak też nie potrafił w tym zakresie zająć stanowiska na rozprawie. Brak jednoznacznego stanowiska zamawiającego nie powinien wpływać negatywnie na ocenę oferty odwołującego. Wręcz przeciwnie, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia jako składającego się z dwóch osobnych części obejmujących oddzielnie wykonanie robót budowlanych oraz oddzielnie dostawę aparatury medycznej, zamawiający zasugerował zastosowanie odrębnych stawek podatku VAT dla dwóch części przedmiotu zamówienia. Idąc dalej, zamawiający poprzez opisanie systemu integracji sal operacyjnych jako wyrobu medycznego jednoznacznie zasugerował powiązanie tej części zamówienia z dostawą aparatury medycznej a nie z robotami budowlanymi a w konsekwencji możliwość zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowego czy też niejednoznacznego opisu zamówienia, z którego wynikało oddzielenie dostawy systemu integracji sal operacyjnych od robót budowlanych i powiązanie dostawy systemu z dostawą aparatury medycznej. Podnosił również, że zamawiający pismem z 26 marca 2019 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie zastosowania 8% stawki podatku VAT na system integracji sal operacyjnych. Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z 28 marca 2019 r. Zachowanie zamawiającego po otrzymaniu tych wyjaśnień wskazuje, że zgodził się ze stanowiskiem odwołującego i uznał je za prawidłowe, gdyż dokonując po raz pierwszy odrzucenia oferty odwołującego w dniu 12 kwietnia 2019 r. nie wskazał, że popełnił on błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do wyroku w sprawie KIO 731/19 zwrócił uwagę, że Izba uznała, że przedmiot zamówienia jest świadczeniem o charakterze kompleksowym, w związku z czym cały przedmiot świadczenia powinien być opodatkowany jedną stawką podatku VAT. Izba uznała, że charakter kompleksowy świadczenia wynika z tego, że prace w zakresie integracji systemu sal operacyjnych wymagają ingerencji w strukturę pomieszczeń (montaż kabli w ścianach), zatem wykonanie go przy okazji i w związku z przebudową bloku operacyjnego jest uzasadnione z gospodarczego, ekonomicznego i praktycznego punktu widzenia (s. 19 uzasadnienia). Wywody Izby w tym zakresie nie były poparte wskazaniem żadnych zapisów SIWZ, które uzasadniałyby taką ocenę. Co więcej wywody uzasadnienia oderwane są od zapisów SIWZ, a w szczególności zapisów załącznika nr 9 do SIWZ (wskazanych powyżej w pkt 2) gdzie przewidziano wykonanie prac instalacyjnych w załączniku nr 9 do SIWZ odnoszącego się do części B zamówienia tj. części dotyczącej dostawy aparatury medycznej. Z ekonomicznego punktu widzenia brak jest podstaw do uznania, że roboty stanowiące około 2% wartości (roboty instalacyjne powiązane z dostawą systemu) skutkowały połączeniem w sposób ścisły dostawy systemu z robotami budowlanymi. Taka wartość robót instalacyjnych wchodzących w skład systemu prowadzi do wniosku, że brak jest ekonomicznego powiązania pomiędzy systemem integracji a robotami budowlanymi. Wręcz przeciwnie te roboty instalacyjne są świadczeniem pomocniczym, integralnie związanym z dostawą sprzętu i dostawą systemu i z tymi elementami (część B zamówienia) stanowią świadczenie kompleksowe.

Zamawiający, w dniu 30 maja 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił, w dniu 31 maja 2019 r. wykonawca: G.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G.P. z siedzibą w Lublinie

(dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania, w dniu 10 czerwca 2019 r., złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. W złożonym piśmie procesowym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2, ewentualnie w przypadku, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, o jego oddalenie w całości, uznając przedstawione przez odwołującego zarzuty jako całkowicie bezzasadne. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania zamawiający wskazał, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp została podjęta w oparciu o wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 731/19, wydany

w wyniku odwołania wniesionego przez G.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G.P. z siedzibą w Lublinie. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę w poprzedniej sprawie była okoliczność tożsama, dotycząca ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT dla wykonania jednego z elementów zamówienia, jakim jest „system integracji sal operacyjnych”. W uzasadnieniu wyroku KIO 731/19 Izba wskazała, że prawidłową stawką podatku VAT dla tego elementu zamówienia jest 23%, zaś odwołujący w swojej ofercie naliczył VAT w wysokości 8%. Wykonawca, którego oferta została odrzucona na mocy poprzednio zapadłego wyroku, utracił możliwość kwestionowania tej czynności na drodze wniesienia nowego odwołania, stąd wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający uznał za uzasadniony.

Zamawiający, na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zaprezentował także argumentację odnoszącą się do zarzutu odwołującego dotyczącego kwestii prawidłowości naliczenia stawki podatku VAT w jego ofercie. W jego ocenie pomimo, że system integracji jest wyrobem medycznym i przy jego zakupie należy stosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%, jego montaż należy uznać za usługę kompleksową całości robót budowlanych i z tego powodu właściwą stawką podatku VAT jest 23%. Tak też uznała Izba w uzasadnieniu wyroku zapadłego w sprawie KIO 731/19. Wywody odwołującego, że w sposób poprawny zastosował odmienną stawkę podatku VAT dla tego samego elementu przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy inny wniosek płynie z analizy przepisów obowiązującego prawa, należy uznać za nieuzasadnione. Stanowisko to nie zostało poparte żadnymi dowodami, w szczególności odwołujący nie przedstawił wydanej dla siebie w tym zakresie interpretacji podatkowej.

W dalszej części podkreślał, że montaż systemu integracji sal operacyjnych jest, w tym przypadku, funkcjonalnie związany z przebudową Bloku Operacyjnego. Wymaga to ingerencji w strukturę pomieszczeń, zatem jego wykonanie przy okazji i w związku z tą przebudową jest uzasadnione z gospodarczego, ekonomicznego i praktycznego punktu widzenia. Montaż tej instalacji pozwala osiągnąć lepszy efekt wykonanej przebudowy. Szpital uzyskuje przebudowany blok operacyjny, który będzie wyposażony we wbudowany w jego strukturę system integracji. Przemawia to za potraktowaniem tego zakresu jako funkcjonalna całość i tzw. „usługa kompleksowa”. Zamawiający nie może zatem zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że cel systemu nie jest związany z wykonaniem robót budowlanych objętych częścią A przedmiotu zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową system ten ma sterować także urządzeniami, instalacjami i systemami objętymi robotami budowlanymi. Za chybiony zatem należy uznać argument odwołującego, że system ten jest pochodną części B odnoszącej się do dostawy aparatury medycznej i jest świadczeniem służącym jej ulepszeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, w szczególności nie zaistniała przesłanka wskazana przez zamawiającego opisana w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie w przypadku, gdy zostanie ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie zamawiającego odwołujący utracił status wykonawcy w związku z tym, iż w sprawie o sygn. akt KIO 731/19 Izba wydała wyrok z treści którego wynikało, że w okolicznościach niniejszej sprawy prawidłowa stawka podatku VAT na element przedmiotu zamówienia, którym jest system integracji sal operacyjnych to 23%. Odwołujący wskazał w swojej ofercie stawkę VAT 8%, stąd na mocy wydanego orzeczenia jego oferta podlega odrzuceniu. W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że przesłanka niniejsza ma zastosowanie w przypadku, gdy dany wykonawca który brał udział w postępowaniu, został z udziału w tym postępowaniu nieodwracalnie wykluczony lub jego oferta została odrzucona, lecz minął już termin na wniesienie odwołania na czynność wykluczenia lub odrzucenia, bądź też gdy wykluczenie lub odrzucenie poparte zostało wyrokiem KIO, od którego nie została wniesiona skarga do sądu okręgowego. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Na mocy orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 718/19, KIO 731/19 z dnia 8 maja 2019 r. odwołujący został przywrócony do postępowania, gdyż w sentencji wyroku Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Tym samym zamawiający zobligowany był powtórnie zbadać oferty złożone w postępowaniu, w tym pod kątem okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujących koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy w danym postępowaniu. Aby móc zastosować podstawę wskazaną w art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest ustalenie, że czynność odrzucenia oferty wykonawcy dokonana została w sposób

nieodwracalny np. wobec niewniesienia skargi na wyrok KIO, który nakazywał dokonanie takiego odrzucenia. To dopiero powoduje, że wykonawca traci status uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji podmiot taki nie jest już uprawniony do wniesienia odwołania na ponowną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak już wskazano taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie, gdyż Izba nie odnosiła się w wyroku do treści oferty odwołującego i nie nakazała jej odrzucenia. Wobec powyższego, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie, w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego. W przypadku, gdyby ocena ofert w tym postępowaniu dokonana została w sposób prawidłowy, oferta odwołującego zostałaby uznana w tym postępowaniu za najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy na nośniku elektronicznym (płyta CD). Ponadto Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego wszystkie dokumenty znajdujące się w aktach sprawy zakończonej wyrokiem

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2019 r. sygn. akt KIO 718/19, KIO 731/19

(wydanego na skutek odwołania od poprzedniego rozstrzygnięcia tego samego postępowania).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w punkcie III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest:

- a) robota budowlana polegająca na wykonaniu robót budowlano-instalacyjnych związanych z przebudową Bloku Operacyjnego i Zakładu Diagnostyki Obrazowej Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Lublinie,
- b) dostawa aparatury medycznej.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. G.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

MAX-BUD G.P. z siedzibą w Lublinie złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wniesionego odwołania wykonawca wskazywał, że pismem z 12 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem zamawiającego zastosowana w jego ofercie stawka VAT w wysokości 23 % do całości robót budowlanych była błędna, gdyż prace budowlane dotyczące integracji bloku operacyjnego powinny być zostać odrębnie wycenione z zastosowaniem 8 % stawki VAT.

Odwołujący, pismem z 26 kwietnia 2019 r. wyraził wolę przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W złożonym piśmie procesowym, wskazując swój interes w złożeniu przystąpienia wskazywał, że „W przypadku uwzględnienia odwołania w niniejszym postępowaniu przystępujący, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, pozbawiony zostałby możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.”

Wyrokiem z dnia 8 maja 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt 731/19 uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 16 maja 2019 r. odwołującemu doręczono wyrok w powyżej omawianej sprawie, wraz z uzasadnieniem. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa złożenia skargi do Sądu Okręgowego.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował cenę za element zamówienia

polegający na integracji systemu sal operacyjnych, obliczoną z uwzględnieniem 8 - procentowej stawki podatku VAT.

Zamawiający, pismem z 20 maja 2019 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z tego powodu, że złożona przez wykonawcę oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu wskazał, że jego decyzja opiera się o wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 731/19 z 8 maja 2019 r., w uzasadnieniu przytaczając argumentację wskazaną przez Izbę w uzasadnieniu wydanego orzeczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający na tak samo sformułowanym zarzucie, dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oparte było odwołanie wniesione w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: G.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G.P. z siedzibą w Lublinie w sprawie o sygn. akt KIO 731/19. Izba, uwzględniając odwołanie wykonawcy stwierdziła, że w części oferty dotyczącej integracji bloku operacyjnego winna zostać zastosowana podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 23%.

Izba, w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 731/19 odnosiła się do sposobu w jaki zamawiający opisał przedmiot zamówienia rozważając, czy składa się on ze świadczenia głównego i świadczeń pomocniczych, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń, a w konsekwencji czy cały przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla świadczenia głównego tj. 23%, czy też stawkę podatku VAT należy ustalić odrębnie dla poszczególnych elementów tego zamówienia, w związku z czym system integracji podlegałyby opodatkowaniu stawką 8%. W rezultacie Izba doszła do przekonania, że montaż systemu integracji bloku operacyjnego jest funkcjonalnie związany z jego przebudową i służy podniesieniu standardu otrzymanego finalnie przedmiotu zamówienia. Montaż tego systemu wymaga ingerencji w strukturę pomieszczeń (montaż kabli w ścianach), zatem wykonanie go przy okazji i w związku z przebudową bloku operacyjnego jest uzasadnione z gospodarczego, ekonomicznego i praktycznego punktu widzenia. Montaż instalacji w przebudowywanych pomieszczeniach pozwala osiągnąć lepszy efekt dokonywanej przebudowy, tj. wyposażenie przebudowanego bloku we wbudowany w jego strukturę system integracji, służący rejestracji i archiwizacji obrazów, komunikacji personelu i obsłudze urządzeń znajdujących się na bloku operacyjnym. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdziła, że przedmiot zamówienia z punktu widzenia jego nabywcy mógł być potraktowany jako całość, pod względem funkcjonalnym i ekonomicznym, a wykonanie spornych elementów tego przedmiotu zamówienia było niezbędne do zrealizowania głównego celu zamówienia. Tym samym dostawa i montaż systemu stanowi świadczenie pomocnicze względem świadczenia głównego, polegającego na wykonaniu kompleksowej przebudowy bloku operacyjnego, w związku z tym nie powinna być ona sztucznie, pod względem podatkowym, oddzielona od robót budowlanych.

Co istotne odwołujący brał udział w postępowaniu odwoławczym w niniejszej sprawie w charakterze przystępującego, wskazując swój interes w złożeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i uzasadniając go tym, iż w wyniku uwzględnienia odwołania zostanie on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Należy zatem uznać, że miał świadomość konsekwencji jakie wynikały będą z uwzględnienia odwołania przez Izbę w rozpoznawanej wówczas sprawie. Izba, w sentencji orzeczenia nie odniosła się wprawdzie do prawidłowości naliczenia stawki podatku VAT w ofercie odwołującego, jednakże przesądziła, że prace z zakresu wykonania systemu integracji należy uznać jako świadczenie pomocnicze względem robót budowlanych. Odwołujący miał możliwość zapoznania się z tym stanowiskiem, albowiem jako uczestnikowi postępowania odwoławczego jemu również została doręczona treść wyroku wraz z uzasadnieniem. Odwołujący nie skorzystał jednak z przysługującego mu prawa wniesienia skargi do właściwego sądu okręgowego wobec orzeczenia z którym, co wynika z uzasadnienia odwołania, nie zgadza się. Polemika z uzasadnieniem poprzednio zapadłego w sprawie orzeczenia wyraża w istocie oczekiwanie odwołującego, że nowy skład orzekający dokona „kontroli” prawidłowości orzeczenia zapadłego w poprzednio rozpoznawanej sprawie. Tymczasem w świetle przepisów ustawy Pzp właściwą drogą do ewentualnego uchylecia orzeczenia, z którym strona się nie zgadza, jest właśnie złożenie

skargi do sądu okręgowego. Skoro odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa orzeczenie stało się prawomocne z upływem terminu na wniesienie skargi.

Tym samym konsekwencją zapadłego orzeczenia w sprawie KIO 731/ 19 było dokonanie przez zamawiającego ponownego badania i oceny ofert, uwzględniając treść uzasadnienia Izby w zakresie, w jakim ta ustaliła poprawność naliczenia stawki podatku VAT w części dotyczącej wykonania systemu integracji sal operacyjnych. Zamawiający w sposób prawidłowy, mając na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący mu równo traktować wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, dokonał ponownie oceny ofert w zakresie poprawności naliczenia stawki podatku VAT uznając, że zastosowana przez odwołującego stawka preferencyjna w wysokości 8% jest nieprawidłowa. Stanowisko odwołującego, że był uprawniony do zastosowania stawki preferencyjnej pomimo, że inny wykonawca zastosował stawkę podstawową, która została uznana za prawidłową, nie zostało poparte żadnymi dowodami. Odwołujący powoływał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2723/17 z dnia 11 stycznia 2018 r. twierdząc, że zastosowanie przez innego wykonawcę (w tym wypadku przez przystępującego) stawki podstawowej nie oznacza automatycznie, że oferta odwołującego przewidująca stawkę preferencyjną zawiera błąd w obliczeniu ceny. Z poglądem tym można zgodzić się, jednakże dotyczy to sytuacji, w której wykonawca stosujący stawkę preferencyjną jest do tego uprawniony. W przeciwnym razie skorzystanie z tego uprawnienia stanowi błąd w obliczeniu ceny, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę złożone w sprawie dowody, jak też treść zapadłego w sprawie orzeczenia Izba stwierdziła, że zamawiający miał podstawy do uznania, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący nie wykazał, że posiada zwolnienie podmiotowe, uprawniające go do naliczenia stawki podatku VAT w preferencyjnej wysokości na określony zakres prac objętych zamówieniem. W zakresie zaś możliwości zastosowania w tym postępowaniu, w zakresie wskazanym, stawki 8 - procentowej przez niego, jak też inne podmioty biorące udział w postępowaniu nie skorzystał z przysługującego mu prawa przeprowadzenia dowodu, choćby w postaci przedstawienia indywidualnej interpretacji podatkowej w tej sprawie.

Izba, analizując treść obu odwołań, tak obecnie rozpoznawanego, jak i przywoływanego wcześniej uznała, że zostały wniesione wobec tych samych czynności zamawiającego polegających na ocenie w zakresie prawidłowości naliczenia należnej stawki podatku VAT w części odnoszącej się do wykonania integracji systemu sal operacyjnych, a w konsekwencji czynności odrzucenia tych ofert w stosunku do których uznano, że naliczona stawka podatku jest nieprawidłowa. Odwołujący nie powołuje się na żadne nowe okoliczności niż te, które były wcześniej przedmiotem rozpoznawania przez skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 731/19. Odwołuje się bowiem do sposobu opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, jego podziału dowodząc, że zamawiający w SIWZ sformułował ten opis w sposób mylący, a to w to taki, który pozwala na uznanie, że element w postaci integracji winien być związany z dostawą sprzętu, a nie z robotą budowlaną. Ten z kolei element był już przedmiotem analizy w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Twierdzenie, że Izba swoje orzeczenie i uzasadnienie oparła w oderwaniu od zapisów SIWZ należy uznać za nieuprawnione a ewentualna kontrola orzeczenia, co zostało wcześniej zauważone, winna być dokonana w wyniku orzeczenia zapadłego w drugiej instancji.

Fakt, że odwołujący przywołuje dodatkowe argumenty i powołuje dowody, które miałyby przekonać skład orzekający w niniejszej sprawie o słuszności jego twierdzeń nie może mieć wpływu na ocenę Izby w tym zakresie. Analiza uzasadnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 731/19 pozwala stwierdzić, w ocenie Izby, że podnoszona argumentacja (wprawdzie przeciwna) opiera się na tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie mogą być zatem podstawą dla wydania orzeczenia nowe dowody, powoływane przez odwołującego, które w istocie mają być potwierdzeniem tego, że stanowisko Izby uzasadniające poprzednio wydane orzeczenie, było błędne. Z powyższych powodów Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania w postaci ogłoszeń o zamówieniu dotyczących sześciu postępowań z innych szpitali w Polsce oraz pisma z 28 maja 2019 r. od KLAROMED Sp. z o.o., uznając je za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba oddaliła również wnioski o przeprowadzenie dowodów złożonych na rozprawie przez przystępującego w postaci: wyciągu z SIWZ (załącznik nr 11), oferty z 22 lutego 2019 r. firmy CLIMATIC, informacji ze strony internetowej firmy KLAROMED Sp. z o.o., gdyż dowody te powołane zostały celem polemiki z dowodami odwołującego złożonymi na okoliczność uznania za prawidłową stawki podatku VAT w ofercie odwołującego.

Skład orzekający podzielił stanowisko wyrażone przez przystępującego w złożonym piśmie procesowym stwierdzając, że wyrok Izby zapadły w poprzedniej sprawie ma moc wiążącą wobec wszystkich uczestników postępowania odwoławczego i jeżeli odwołujący nie zgadzał się w tym zakresie z rozstrzygnięciem Izby, to jedynym sposobem na polemikę z tym stanowiskiem, zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawa, było wniesienie skargi na powyższy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania do właściwego sądu okręgowego. Jeżeli tego nie uczynił, za bezzasadne w chwili obecnej należy uznać

prezentowane stanowisko o braku wszechstronnego rozpoznania sprawy i wyciągnięcia niewłaściwych wniosków przez skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt KIO 731/19. Niewątpliwie rozstrzygnięciem tym związane są nie tylko strony postępowania odwoławczego, ale również każdy następny skład orzekający Izby. Zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby, nadając mu klauzulę wykonalności. Nie oznacza to jednak, że tylko wyroki Izby z taką klauzulą są prawomocne. Z prawomocnością mamy do czynienia wówczas, gdy orzeczenie sądowe lub rozstrzygnięcie organu nie może być zmienione ani uchylone poprzez wniesienie środka odwoławczego lub zaskarżenia. Skoro minął już termin na wniesienie skargi na powyższe orzeczenie Izby, rozstrzygnięcie to zyskało przymiot ostatecznego, a treść orzeczenia wiąże wszystkie inne podmioty, które się na nią powołują (tak też w Wyroku KIO z 21 września 2016 r., sygn. akt KIO 1640/16).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: