

Sygn. akt: KIO 3649/21

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2021 r. przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi

przy udziale wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3649/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę ERBUD

INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3649/21

Zamawiający - Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii

im. M. Kopernika w Łodzi [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych - Wojewódzka Przychodnia Onkologiczna, apteka, Radiologia Interwencyjna, Izba Przyjęć Onkologicznych dla WWCOiT im. M. Kopernika w Łodzi (znak postępowania: EZ.28.11.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 105-275329.

W dniu 16 grudnia 2021 r. wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. w odniesieniu do czynności z dnia 22.11.2021 r. poprawienia omyłki w treści oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. polegającej na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT oraz omyłek pisarskich i rachunkowych będących konsekwencją poprawy innej omyłki:

- naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) oraz 3) oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki w zakresie przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT i wezwaniu wykonawcy do wyrażenia zgody na dokonanie poprawienia wskazanej omyłki, a także poprawienie związanych z nią omyłek rachunkowych i pisarskich w treści oferty, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił w dokumentach postępowania obowiązującej stawki podatku VAT,

- naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) oraz 3) oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki w zakresie przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT i wezwaniu wykonawcy do wyrażenia zgody na dokonanie wskazanego poprawienia, a także poprawienie związanych z tym omyłek rachunkowych i pisarskich w treści oferty, mimo iż wykonawca celowo i świadomie zastosował w swojej ofercie jednolitą stawkę podatku VAT 23 %,

- naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz poprzez niedopuszczalne dokonanie zmiany treści oferty w zakresie stawki podatku VAT,

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i w konsekwencji poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia tej oferty mimo tego, że oferta ta kwalifikuje się do odrzucenia,

- w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej, naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy należało stwierdzić błąd w obliczeniu ceny w ofercie tego wykonawcy i odrzucić jego ofertę jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny;

2. w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. oraz w odniesieniu do zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. ze względu na błąd w obliczeniu ceny w ofercie tego wykonawcy:

- naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;

- naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3) oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki w zakresie przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT i wezwaniu wykonawcy do wyrażenia zgody na dokonanie poprawienia wskazanej omyłki oraz przyjęcie, że doszło do skutecznego wyrażenia tej zgody przez wykonawcę;

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie nieprawidłowej jednolitej stawki podatku VAT 23% w tej ofercie;

- naruszenie art. 146aa ust. 1 pkt 1 i art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej „Ustawa VAT”) poprzez przyjęcie, że wykonawca CLIMAMEDIC

Sp. z o.o. Sp. k. zastosował prawidłową stawkę 23 % podatku VAT na przedmiot świadczenia objęty ofertą, podczas gdy świadczenie wynikające z oferty tego wykonawcy obejmuje również dostawę i montaż instalacji gazów medycznych, a więc świadczeń w stosunku do których wykonawca powinien zastosować stawkę 8 % podatku VAT, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia tej oferty mimo tego, że oferta ta kwalifikuje się do odrzucenia;

- w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej, naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. najkorzystniejszej w sposób wadliwy i w rezultacie udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k.;
2. unieważnienia czynności z dnia 22.11.2021 r. poprawienia omyłki w treści oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. polegającej na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT oraz omyłek pisarskich i rachunkowych będących konsekwencją poprawy innej omyłki;
3. odrzucenia oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. ze względu na błąd w obliczeniu ceny;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu niezgodnego z przepisami poprawienia innej omyłki polegającej na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT oraz omyłek pisarskich i rachunkowych będących konsekwencją poprawy innej omyłki

Zamawiający pismem z dnia 5.11.2021 r. wezwał wykonawców - CLIMAMEDIC

Sp. z o.o. Sp. k. (zwany dalej CLIMAMEDIC), ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. oraz WARBUD S.A. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie stawki podatku VAT. Z formularza oferty (załącznik nr 1 do SWZ) złożonej przez ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. oraz WARBUD S.A. wynikało, że zostały zastosowane przez tych wykonawców różne stawki podatku VAT, tj. 8% na gazy medyczne oraz 23% na roboty budowlane. Natomiast z formularza oferty złożonej przez CLIMAMEDIC wynikało, że wykonawca ten zastosował jednolitą stawkę podatku VAT 23% na cały przedmiot zamówienia. Mając na uwadze wskazane rozbieżności Zamawiający uznał za zasadne wystąpienie do wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. w sprawie III CZP 53/11. Jeśli więc Zamawiający zawarłby w SWZ wymagania dotyczące stawki VAT, to wówczas nie wzywałby wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie VAT. Podkreślenia bowiem wymaga, iż czynność wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty i dokonane wyjaśnienia co do zasady, poprzedzają czynność oceny czy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i ewentualną czynność jej odrzucenia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kierując się wskazaną przez Sąd Najwyższy regułą interpretacyjną, z uwagi na zróżnicowane stawki podatku VAT w złożonych ofertach, postanowił wyjaśnić, który z wykonawców zastosował stawkę zgodną z obowiązującymi przepisami, aby następnie odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca CLIMAMEDIC złożył wyjaśnienia pismem z dnia 10.11.2021 r., w których wskazał w sposób jednoznaczny, że jego wola i zamiarem jest objęcie przedmiotu całej oferty jednolitą stawką podstawowa VAT 23%.

Po uzyskaniu wskazanych wyjaśnień od wszystkich wykonawców, Zamawiający zamiast odrzucić ofertę CLIMAMEDIC, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny (stawka jednolita podatku VAT 23%, w tym na gazy medyczne), dokonał nieuprawnionego poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp treść tej oferty w zakresie stawki podatku VAT na gazy medyczne ze stawki 23% na stawkę 8%. W konsekwencji tej

czynności pismem z 22.11.2021 r. dokonał również poprawienia omyłek rachunkowych i pisarskich w treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie mógł tak uczynić. Przyjęcie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który powinien skutkować odrzuceniem oferty. W oparciu o wyjaśnienia wszystkich wykonawców Zamawiający uznał bowiem, iż zgodna z przepisami w niniejszym zamówieniu jest stawka mieszana, tj. 8% VAT na gazy medyczne oraz 23% VAT na roboty budowlane. Zamawiający nie dokonał jednak odrzucenia oferty zawierająca błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie stawki niezgodnej z przepisami, ale zakwalifikował wskazane uchybienie jako „niewłaściwa interpretacja przez Wykonawcę w zakresie stawki podatku VAT”. Konsekwencją wyjaśnień udzielonych przez CLIMAMEDIC powinno być więc odrzucenie tej oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z uwagi na przyjęcie w tej ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT co stanowi błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia wskazanego błędu jako „omyłki”. Zamawiający mógłby dokonać poprawienia omyłki jedynie w sytuacji gdyby wskazał wykonawcom w SWZ stawkę podatku VAT jaką należy przyjąć w ofercie. Jednak gdyby Zamawiający tak uczynił, to nie dokonywałby wezwania w dniu 5.11.2021 r. do wyjaśnienia zastosowanych stawek podatku VAT, gdyż takie działanie jest bezcelowe w sytuacji, gdy stawka podatku jest z góry wykonawcom znana. Zamawiający dokonałby wówczas poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Jak widać Zamawiający w niniejszym postępowaniu tak nie uczynił, ponieważ w momencie żądania wyjaśnień w zakresie stawki VAT funkcjonował w przeświadczeniu, że nie określił w SWZ konkretnej stawki podatku VAT i to na wykonawcy spoczywa obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualne przepisy. Wynika to nie tylko z treści i sposobu ukształtowania SWZ w niniejszym postępowaniu przetargowym, ale również z faktu, że Zamawiający wystąpił w dniu 5.11.2021 r. o wyjaśnienia w zakresie stawki VAT. Zamawiający nie określił w SWZ sposobu obliczenia ceny oferty poprzez przyjęcie konkretnej stawki podatku VAT dla poszczególnych elementów robót. Odwołujący przywołał postanowienie rozdziału XXIII pkt 4 i 5 SWZ. Uzasadniał, że również w formularzu oferty nie została narzucona żadna konkretna stawka podatku VAT odnośnie wymienionych tam elementów robót. Powyższe potwierdza wzór umowy stanowiący Załącznik nr 8 do SWZ, gdzie w § 15 nie została wskazana wysokość stawki VAT, a Zamawiający pozostawił określenie tej stawki przez wykonawców wskazując „w tym VAT w wysokości ... PLN”.

Odwołujący stwierdził, że nie ma znaczenia dla sprawy fakt, iż w dokumencie „Odpowiedzi na pytania oraz zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia” z dnia 2.07.2021 r. odnośnie pytania nr 34 Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: 34. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza uwzględnienie w ofercie obowiązującej na wyroby medyczne stawki VAT wysokości 8%, w tym również gazy medyczne. Ad 34) Zamawiający potwierdza. Jednak sam wykonawca CLIMAMEDIC wskazał w wyjaśnieniach z 10.11.2021 r., iż to na wykonawcach spoczywał obowiązek ustalenia prawidłowej stawki VAT.

Odwołujący wskazał, że nie sposób przyjąć, iż Zamawiający określił w dokumentach przetargowych stawkę VAT jaką należy zastosować dla gazów medycznych, co oznacza, że obowiązek określenia prawidłowej stawki spoczywał na wykonawcach. Po drugie, w wyniku otrzymanych wyjaśnień Zamawiający ocenił, że prawidłowa tj. zgodna z przepisami, jest stawka VAT 8% na gazy medyczne, co w konsekwencji powinno skutkować uznaniem, że wykonawca CLIMAMEDIC popełnił błąd w obliczeniu ceny. Po trzecie, nie sposób przyjąć, że doszło do „omyłki” w ofercie CLIMAMEDIC w zakresie przyjętej stawki podatku VAT, gdyż wykonawca ten świadomie i celowo skalkulował ofertę w oparciu o stawkę VAT 23% (w tym przyjął ją dla gazów medycznych), co potwierdził w sposób jednoznaczny w wyjaśnieniach z dnia 10.11.2021 r. W świetle wskazanych wyjaśnień wykonawcy CLIMAMEDIC nie ulega wątpliwości, że objęcie przedmiotu oferty jednolitą stawką podatku VAT 23%, w tym gazów medycznych, nie stanowiło jakiegokolwiek omyłki, ale było zamierzone i poparte uzasadnieniem wskazanym przez tego Wykonawcę.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 20.07.2021 r. w sprawie KIO 1559/21 i uzasadniał, że skoro treść oferty nie była „omyłką” w zakresie stawki VAT na gazy medyczne, to treści tej nie może zmienić późniejsza zgoda wykonawcy CLIMAMEDIC na poprawienie „omyłki” w trybie art. 223 ust. 3 ustawy Pzp. Jest to bowiem działanie wtórne w stosunku do złożonego oświadczenia woli przez wykonawcę w momencie sformułowania i składania oferty przetargowej. Obecna zmiana stanowiska przez wykonawcę CLIMAMEDIC jest wywołana uzyskaniem przez niego wiedzy na etapie badania ofert o stanowisku Zamawiającego co do stawki podatku VAT na gazy medyczne. Zmiana treści oferty we wskazanych okolicznościach stanowi więc niedozwolone negocjacje treści oferty po jej złożeniu, których zakazuje art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że czynność poprawienia omyłki i wezwania do wyrażenia zgody na to poprawienie dokonana przez Zamawiającego pismem

z dnia 22.11.2021 r. była w okolicznościach niniejszego postępowania pozbawiona podstaw i powinna zostać unieważniona jako naruszająca przepisy Pzp.

Podkreślał, że Odwołujący w dniu 30.11.2021 r. wystąpił w drodze e-mail z wnioskiem o udostępnienie załączników do protokołu postępowania m.in. w postaci pełnej korespondencji zamawiającego prowadzonej z wykonawcami. W dniu 6.12.2021 r. Zamawiający przekazał w drodze e-mail wnioskowaną korespondencję, w tym pismo pt. „poprawienie omyłki” z dnia 22.11.2021 r. oraz pismo z 24.11.2021 r. w którym wykonawca CLIMAMEDIC wyraża zgodę na to poprawienie. Odwołujący powziął więc wiedzę o wskazanych okolicznościach dopiero w dniu 6.12.2021 r. w momencie gdy zapoznał się z treścią przekazanej korespondencji.

W zakresie zarzutu niezgodnego z przepisami wyboru jako najkorzystniejszej oferty

wykonawcy CLIMAMEDIC oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CLIMAMEDIC ze względu na błąd w obliczeniu ceny w każdej z tych ofert

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie mógł poprawić treści oferty wykonawcy CLIMAMEDIC w zakresie stawki VAT na gazy medyczne, w konsekwencji wskazaną czynność uznać należy za nieważną. Skoro oświadczeniem woli wykonawcy CLIMAMEDIC złożonym w ofercie od samego początku było objęcie całego świadczenia stawką podstawową VAT 23%, w tym gazów medycznych, to przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT skutkować powinno odrzuceniem oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Zamiast powyższego Zamawiający dokonał w dniu 10.12.2021 r. wyboru oferty wykonawcy CLIMAMEDIC jako najkorzystniejszej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 11.01.2021 r. KIO 3229/20.

Zdaniem Odwołującego wykonanie przedmiotowego zamówienia nie może być rozliczone całościowo w oparciu o jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. W zakres przedmiotowego zamówienia wchodzi również wykonanie instalacji gazów medycznych, które stanowią wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, co oznacza, że podlegają one opodatkowaniu, zgodnie z przepisami, ustawy VAT stawką 8% VAT. W myśl art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy VAT podstawowa stawka podatku wynosi 23%, natomiast podstawę do zastosowania obniżonej 8 % stawki podatku od towarów i usług dla przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy i montażu instalacji gazów medycznych stanowi art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy VAT oraz poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy VAT. W załączniku nr 3 do ustawy, zawierającym wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%, w poz. 13 wskazano bez względu na PKWiU „Wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Zgodnie z oraz art. 11 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, wyroby wprowadzane do obrotu, wprowadzane do użytkowania, sprowadzane spoza terytorium państw członkowskich przez świadczeniodawcę na własny użytek lub dostarczane w sprzedaży wysyłkowej są oznakowane znakiem CE. Wyrób oznakowuje się znakiem CE po przeprowadzeniu odpowiednich dla wyrobu procedur oceny zgodności, potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze. Jeżeli ocena zgodności była przeprowadzana z udziałem jednostki notyfikowanej, obok znaku CE umieszcza się numer identyfikacyjny tej jednostki (art. 11 ust. 4 i 7 ustawy o wyrobach medycznych).

Zgodnie z opisem przedmiotu ww. zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykonać instalację gazów medycznych jako wyrób medyczny oraz przekazać zamawiającemu odpowiednie certyfikaty. Załącznik nr 10 do SWZ tj. PFU, przewiduje wyposażenie projektowanego budynku w następujące instalacje gazów medycznych tj.: instalację tlenu, instalację próżni, instalację sprężonego powietrza o ciśnieniu 0,5 MPa do celów medycznych, instalację sprężonego powietrza o ciśnieniu 0,8 MPa do napędu narzędzi chirurgicznych, instalację odciągu zużytego gazu poanestetycznego. Zamawiający w PFU wskazuje, że projektowane instalacje gazów medycznych, zgodnie z Dyrektywą 93/42/EEC oraz przepisami krajowymi (Ustawa o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r.), zostały zaliczone do wyrobów medycznych klasy IIb. Wytwórca systemu rurociągowego do gazów medycznych musi posiadać specjalne uprawnienia do nadania znaku CE wykonanym przez siebie instalacjom gazów medycznych, potwierdzone przez odpowiednie certyfikaty. Instalacja, jako wyrób medyczny, musi zostać oznakowana obowiązkowym znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej. Wszystkie przywołane w dokumentacji normy zharmonizowane z Dyrektywą 93/42/EEC, w trakcie wykonywania instalacji, muszą być przestrzegane, tak aby instalacja mogła zostać oznakowana przez jej wykonawcę znakiem CE. Instalacje gazów medycznych będą zakończone punktami poboru wykonanymi zgodnie z normą EN ISO 9170 - 1:2009. Projektowane punkty poboru gazów

medycznych będą instalowane w jednostkach zasilających takich jak: sufitowe kolumny anestezjologiczne, sufitowe kolumny chirurgiczne, sufitowe kolumny intensywnego nadzoru, panele przyłóżkowe oraz bezpośrednio w ścianach pomieszczeń jako ściennie zestawy punktów poboru. Zastosowane jednostki zasilające powinny spełniać wymogi normy EN ISO 11197:2016-06. Badania odbiorcze po zakończeniu montażu instalacji rurociągowych gazów medycznych i zainstalowaniu punktów poboru należy wykonać wg procedur opisanych w Aneksie „C” do normy EN ISO 7396-1:2016. Jednym z wymogów kontraktowych postawionych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej jest więc wymaganie, aby wykonawca w ramach realizacji zamówienia wykonał przedmiotową instalację jako wyrób medyczny oraz przekazał zamawiającemu odpowiednie certyfikaty.

Zgodnie z opisem przedmiotu niniejszego zamówienia instalacja gazów medycznych bez wątplenia stanowi więc wyrób medyczny w rozumieniu ww. ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, a więc świadczenie, które zgodnie z ww. przepisami ustawy VAT powinno zostać opodatkowane 8 % stawką podatku VAT. Zamawiający również uznał stawkę VAT 8% w zakresie gazów medycznych za prawidłową, tzn. zgodną z przepisami. Zamawiający potwierdził powyższe w piśmie z 22.11.2021 r. pt. „poprawienie omyłki” adresowanym do wykonawcy CLIMAMEDIC.

Powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażonym w wyroku z 30.10.2016 r. (sygn. akt I FSK 1578/13) oraz w wyroku z 11.02.2016 (sygn. akt I FSK 1668/14). Podobnie NSA orzekł w wyroku z 6.06.2012 r. (sygn. akt I FSK 1374/11). Odwołujący przywołał również wyrok KIO w sprawie KIO 2433/14. Uzasadniał, że przyjęcie przez wykonawcę CLIMAMEDIC w treści oferty nieprawidłowej stawki podatku VAT 23% na gazy medyczne (następnie zmienionej w sposób niedozwolony), stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który powinien skutkować odrzuceniem oferty. Tymczasem Zamawiający, zamiast dokonać odrzucenia, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy CLIMAMEDIC, czym naruszył na wstępie powołane przepisy ustawy Pzp. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z Prawa zamówień publicznych, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 stycznia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt. 1), 2) oraz 3) oraz ust. 3 ustawy

Pzp Zamawiający wskazał, że przedstawiony w treści uzasadnienia odwołania stan faktyczny nie uwzględnia całości okoliczności występujących w niniejszej sprawie, a które mają istotne znaczenie dla oceny prawnej podjętych przez zamawiającego decyzji. Zamawiający w treści SWZ z dnia 28.05.2021 r. rzeczywiście w formularzu cenowym - elementy scalone dla poz. 1.3.4 nie dokonał wskazania jaką należy zastosować stawkę podatku VAT w odniesieniu do dostawy i instalacji gazów medycznych. W wyjaśnieniach z dnia 2 lipca 2021r. na pytanie nr 34 - prosimy o potwierdzenie, że zamawiający dopuszcza uwzględnienie w ofercie obowiązującej na wyroby medyczne stawki VAT w wysokości 8%, w tym również gazy medyczne. Zamawiający odpowiedział: Zamawiający potwierdza. Zamawiający tym samym udzielając odpowiadając twierdzącej wskazał, iż dla wyrobów medycznych, w tym gazów medycznych dopuszcza stosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8%. W wyniku tak udzielonych wyjaśnień wykonawcy złożyli oferty, w których 2 wykonawców, w tym

Odwołujący wskazali dla instalacji gazów medycznych stawkę podatku VAT 8%, i jeden - CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23% traktując cały przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową. Zamawiający mając na uwadze udzielone wyjaśnienia oraz chcąc poznać stanowiska wszystkich wykonawców w przedmiocie zastosowanych przez nich stawek podatku VAT dla gazów medycznych wezwał w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wszystkich wykonawców do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. W ich wyniku wykonawcy WARBUD SA złożył wyjaśnienia z dnia 10.11.2021 r. wskazujące, iż zastosowanie stawki 8% jest uzasadnione, bowiem gazy medyczne jako wyrób medyczny opodatkowane są taką właśnie stawką. Ponadto podkreślił, iż instalacja gazów medycznych stanowi świadczenie odrębne i nie może być zastosowana stawka podstawowa w wysokości 23%. Również Odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 5.11.2021 r. wskazując, że w jego ocenie instalacja gazów medycznych jako wyrób medyczny powinna być opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 8%. Jednocześnie w treści swoich wyjaśnień Odwołujący odwołał się do udzielonej odpowiedzi na pyt. nr 34, w której Zamawiający potwierdził stosowanie tej stawki podatku VAT dla gazów medycznych. Jednocześnie powołał się na wyrok KIO z 20.04.2014 r.

Wykonawca CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach z 10.11.2021 r. wskazała,

iż potraktowała całe zamówienie jako usługę kompleksową i w związku z tym zastosowała dla całości zamówienia stawkę podatku VAT w wysokości 23%. W uzasadnieniu wskazała wyrok KIO, którego stroną był właśnie ta Spółka, dotyczący stawek podatku VAT w robotach budowlanych wraz z instalacją gazów medycznych, gdzie uznano za prawidłową stawkę 23% dla całości zamówienia.

W wyniku przeprowadzonej analizy wyjaśnień i udzielonych odpowiedzi do SWZ w zakresie stawki podatku VAT dla gazów medycznych Zamawiający uznał, iż poprzez udzielenie odpowiedzi dokonał wskazania jaka powinna zostać zastosowana stawka. Należy wskazać, iż wyjaśnienie specyfikacji polega na przekazaniu informacji opartych na danych w niej zawartych, zamawiający w ten sposób przekazuje swoje oczekiwania w bardziej zrozumiałym i przejrzystym dla wykonawcy sposób. Celem bowiem wyjaśnień do stworzonych przez zamawiającego dokumentów zamówienia jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego (por. wyrok SN z 18.02.2016 r., II CSK 197/15, LEX nr 2019505, i przywołane w nim orzecznictwo). W wyroku z 18.12.2002 r. SO w Warszawie, V Ca 1311/02, wskazał: „Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ”. Zamawiający powołał się na wyrok z 28.01.2015 r. sygn. akt: KIO 110/15.

Zamawiający podniósł, że sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 10.11.2021r. wskazał, iż udzielona odpowiedź na pytanie nr 34 oznaczała dopuszczenie stosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% na wyroby medyczne, w tym gazy medyczne, i stanowiła potwierdzenie, że dla instalacji gazów medycznych należy zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Powyższej opisane okoliczności wskazują, iż Zamawiający dokonał wskazania stawki podatku VAT właściwej dla gazów medycznych tj. 8%. Nie trafny jest więc zarzut Odwołującego, że nie doszło do wskazania w dokumentach SWZ stawki podatku VAT dla gazów medycznych. Tym bardziej, że sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powoływał się na wyjaśnienia Zamawiającego w tym zakresie traktując je jako wiążące. Odwołujący w treści odwołania przedstawia skrajnie odmienne stanowisko w tym zakresie, wskazując, że udzielona odpowiedź na pytanie nr 34 nie ma znaczenia dla sprawy. Zamawiający nie zgadza się takim stanowiskiem, bowiem jak wyżej zostało wskazane w powołanym orzecznictwie sądów powszechnych czy krajowej izby odwoławczej wyjaśnienia stanowią wykładnię postanowień SWZ, są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że treść udzielonej odpowiedzi przez Zamawiającego na pytanie nr 34 potwierdziła zasadność zastosowania 8% stawki podatku VAT dla gazów medycznych i tym samym stanowiło wskazanie właściwej stawki podatku VAT. Fakt udzielenia odpowiedzi na pytania nr 75, 138 wskazujących, że aparatura i sprzęt medyczny nie jest objęty przedmiotem zamówienia, nie stanowi dowodu, że to na wykonawcach ciąży obowiązek wskazania stawki podatku VAT. Potwierdza to choćby okoliczność, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 10.11.2021 r. powołał się na odpowiedź na pytanie 34) jako podstawę uprawniającą go do zastosowania 8% stawki podatku VAT dla gazów medycznych. Przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie argumentacja pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem jakie prezentował Odwołujący w swoich wyjaśnieniach. Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Zamawiający stoi na stanowisku, iż poprzez udzieloną odpowiedź na pytanie nr 34) dokonał wskazania stawki podatku VAT, którą wykonawcy powinni zastosować przy wycenie prac dotyczących gazów medycznych.

W zaistniałych okolicznościach Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uznał, iż w odniesieniu do oferty CLIMAMEDIC Sp. z o.o. sp.k. mamy do czynienia z inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. W przedmiocie wpływu zastosowania nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług na ocenę oferty wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z 20.10.2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11).

Zamawiający dodał, że dokonanie poprawienia stawki podatku VAT dla gazów medycznych spowodowało dodatkowe obniżenie ceny oferty CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k., która również przy 23% stanowiła ofertę najkorzystniejszą. Zmiana ta pozostawała więc bez wpływu na ranking ofert, bowiem niezależnie od tego czy byłaby w gazach medycznych stawka 23% czy 8% to i tak oferta tego wykonawcy stanowiła ofertę najkorzystniejszą cenowo. Nie można się zgodzić również z zarzutem, że wykonawca CLIMAMEDIC Sp. z o.o. sp. k. celowo zastosował stawkę 23%, ponieważ w jego wyjaśnieniu wynikało, iż w podobnym opisie przedmiotu zamówienia (budowa oddziału szpitalnego z instalacją gazów medycznych) posiadał dla siebie korzystny wyrok KIO wskazujący, że tego typu zakres robót należy traktować jako usługę kompleksową opodatkowaną stawką 23%. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że doszło tu do celowego i świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Odwołujący bezzasadnie stawia zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający w dodatkowo w piśmie z dnia 5.11.2021 r. dokonał poprawienia omyłek rachunkowych i pisarskich

polegających na błędnym obliczeniu wartości brutto części I tabeli elementów scalonych oraz wartości brutto oferty. Zakres i rodzaj poprawionych omyłek dotyczyła usunięcie błędów rachunkowych w podsumowaniu cen z tabeli elementów scalonych i wynikającej stąd konieczności zmiany kwoty łącznej wynagrodzenia.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz poprzez niedopuszczalne dokonanie zmiany oferty w zakresie stawki podatku VAT Zamawiający zaprzeczył, iż prowadził jakiegokolwiek negocjacje z wykonawcą CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k. w zakresie ceny zaoferowanej w ofercie tego wykonawcy. Zamawiający mając na uwadze udzielone przez siebie wyjaśnienia oraz chcąc poznać stanowiska wszystkich wykonawców w przedmiocie zastosowanych przez nich stawek podatku VAT dla gazów medycznych wezwał w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wszystkich wykonawców do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Ustawodawca w przedmiotowym przepisie przyznał zamawiającemu kompetencję do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Kompetencja ta służy zamawiającemu do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści oferty, jakie mogą się zrodzić podczas procesu badania i oceny ofert. Oczywiście wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do negocjacji treści złożonej oferty ani co do zasady prowadzić do zmiany jej treści. Wbrew stanowisku Odwołującego, wezwanie Zamawiającego nie prowadziło do zmiany treści oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. sp.k., bowiem w swoich wyjaśnieniach szczegółowo wyjaśnił jakie motywy nim kierowały przy potraktowaniu przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. W szczególności powołał się on na wydany w jego sprawie wyrok KIO, gdzie tego typu przedmiot zamówienia został potraktowany jako usługa kompleksowa. Wobec powyższego nie można mu zarzucić celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wyjaśnienia te pozwoliły Zamawiającemu ocenić, czy działanie tego wykonawcy było celowe i zmierzające do wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wystąpił do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu z żądaniem wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT dla gazów medycznych. Działanie takie nie stanowiło więc naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bowiem pozwalało wyjaśnić Zamawiającemu motywy jakie legły u podstaw decyzji poszczególnych wykonawców. Wyjaśnienia CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. wskazały Zamawiającemu jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Spółki w zakresie opodatkowania przedmiotu zamówienia i wskazywały na niezamierzone jej działanie w tym zakresie wynikające z posiadanego rozstrzygnięcia w podobnej sprawie. Złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia stanowiły odpowiedź na wątpliwości Zamawiającego jakie pojawiły się na etapie badania i oceny ofert. Wobec powyższego Zamawiający uprawniony był do wezwania do złożenia wyjaśnień i nie prowadził w tym zakresie żadnych negocjacji z wykonawcą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. sp. k. nie zawiera błędu w obliczeniu ceny Zamawiający odwołał się do odpowiedzi zawartej w ramach zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt. 1-3) i ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że w tym zakresie fakt wskazania stawki podatku VAT dla gazów medycznych w wyjaśnieniach do SWZ oraz niezamierzone działanie wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. sp. k. wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki zastosowania trybu poprawienia innej omyłki opisanej w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym nie została spełniona przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp uzasadniająca odrzucenia oferty.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w całym procesie oceny i badania ofert stosował zasadę równego traktowania wykonawców. Każdego z nich wzywał do złożenia niezbędnych wyjaśnień, dokonywał oceny ich treści. W ocenie Zamawiającego podjęte przez niego działania w zakresie prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT dla gazów medycznych nie naruszały tych zasad a wybrana oferta stanowiła ofertę najkorzystniejszą i tym samym wykonawca został wybrany zgodnie z przepisami prawa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania

odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Regułach [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 20 grudnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 grudnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 stycznia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie, zaktualizowanie dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Zamawiającego i zrealizowanie na jej podstawie rozbudowy i przebudowy budynku głównego WWCOiT oraz rozbudowy budynku Apteki Szpitalnej wraz z oddaniem nowopowstałych obiektów do użytkowania. Zakres zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, wraz z uzyskaniem na rzecz Zamawiającego wszelkich niezbędnych decyzji, uzgodnień, opinii, pozwoleń i innych dokumentów umożliwiających zgodne z obowiązującymi przepisami wybudowanie i użytkowanie rozbudowanych obiektów WWCOiT.

Opis przedmiotu zamówienia należy odczytywać wraz z ewentualnymi zmianami treści specyfikacji, będącymi np. wynikiem udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców.

Całość robót należy wykonać zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (dalej zw. OPZ) stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ oraz Programem Funkcjonalno-Użytkowym (dalej zw. PFU) stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XXIII SWZ zawierającym „Sposób obliczenia ceny”:

1. Na cenę ofert składać się będą wszystkie koszty i opłaty ponoszone przez Wykonawcę. Do tego należy doliczyć podatek od towarów i usług konsumpcyjnych (VAT). Wykonawca kalkulując cenę zobowiązany jest uwzględnić wszelkie koszty i opłaty, w tym w szczególności obejmujące ubezpieczenie, koszty transportu, itp.

4. Wykonawca podaje wartości netto i brutto w złotych polskich.

5. Oferowana cena, która będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert to cena brutto, traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku, zawierająca wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wartość netto, podatek VAT.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 2 lipca 2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 34 zestaw 2 o treści: „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza uwzględnienie w ofercie obowiązującej na wyroby medyczne stawki VAT wysokości 8%, w tym również gazy medyczne” Zamawiający wskazał, że potwierdza.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców.

Z formularza oferty złożonej przez Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że wykonawca zastosował jednolitą stawkę podatku VAT 23% na cały przedmiot zamówienia. Z kolei Odwołujący oraz WARBUD S.A. zastosowali w ofercie dwie stawki podatku VAT, tj. 8% na gazy medyczne oraz 23% na roboty budowlane.

Pismem z dnia 5 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał, że z załącznika nr 1 do SWZ Przystępującego wynika, iż w zakresie całości zamówienia

wykonawca zastosował 23% stawkę podatku VAT taką jak w przypadku, gdy realizację przedmiotu zamówienia traktujemy jako usługę kompleksową. Z uwagi na fakt, że jednym z etapów do wykonania jest instalacja gazów medycznych Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie dlaczego wykonawca zastosował jednolitą stawkę podatku VAT tak jak dla usługi kompleksowej. Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca traktuje przedmiotowe zamówienie jako usługę kompleksową Zamawiający prosi o uzasadnienie takiej decyzji.

Pismem z dnia 10 listopada 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w ww. zakresie wskazując, w szczególności że „(...)Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu

obliczenia ceny oferty przy zastosowaniu konkretnej stawki podatku VAT dla

poszczególnych elementów robót. (...) Jednocześnie w udzielonych odpowiedziach na

pytania do SWZ wskazano jedynie na uprawnienie do zastosowania preferencyjnej stawki

podatku VAT (vide odpowiedź na pytanie nr 34 z dnia 02.07.2021 r. - zestaw nr 2), przy czym Zamawiający potwierdził też wielokrotnie, iż dostawa sprzętu i aparatury medycznej nie jest w zakresie zamówienia (vide odpowiedź na pytanie nr 75, 138 z dnia 02.07.2021 r. - zestaw nr 2, odpowiedź na pytanie nr 134 z dnia 19.07.2021 r. - zestaw nr 2, odpowiedź na pytanie nr 10 z dnia 26.07.2021 r. - zestaw nr 3). Tym samym to na wykonawcę ciążył obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, którą powinien uwzględnić w ofercie. Uwzględniając powyższe w Tabeli Elementów Scalonych (Formularz Ofertowy) wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp.k. zastosowała podstawową 23% stawkę podatku VAT dla wszystkich pozycji tabeli traktując je w całości jako świadczenie kompleksowe (prace projektowe, roboty budowlane i instalacje). (...) Powyższe oznacza, że na etapie projektowania i składania oferty nie mamy do czynienia z wyrobem medycznym. Status wyrobu medycznego instalacja gazów medycznych uzyskuje zazwyczaj po wykonaniu i zafakturowaniu robót budowlanych na etapie uzyskiwania decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu, tj. w procesie odbioru obiektu przez odpowiednie służby - powiązanego z certyfikacją instalacji gazów połączoną ze zgłoszeniem jej jako wyrobu medycznego do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produkcji Biobójczych. Mając na uwadze powyższe wykonawca miał w pełni prawo zastosowania jednolitej podstawowej stawki podatkowej z uwzględnieniem kompleksowości świadczenia. Stąd też przy wyliczeniu wynagrodzenia zastosował dla całego świadczenia podstawową stawkę VAT tj. 23%.(.)”

Pismem z dnia 22 listopada 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprawił w treści oferty Przystępującego omyłkę polegającą na błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych oraz omyłki rachunkowe i pisarskie, które są konsekwencją poprawy innej omyłki. (...)

Zamawiający ww. piśmie wskazał, że powyższe poprawy omyłek są konsekwencją niewłaściwej interpretacji przez wykonawcę w zakresie stawki podatku VAT. W przedmiotowej ofercie wykonawca zastosował dla całości zamówienia 23% stawkę podatku VAT. Z uwagi na fakt, że jednym z etapów do wykonania zamówienia jest instalacja gazów medycznych Zamawiający stał na stanowisku, że dla tej części zamówienia powinna być zastosowana w ofercie 8% stawka podatku VAT. Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykonać instalację gazów medycznych jako wyrób medyczny oraz przekazać Zamawiającemu odpowiednie certyfikaty. Zamawiający powołał się na wyjaśnienia treści specyfikacji z dnia 2 lipca 2021 r. pyt. Nr 34/zestaw 2 i wskazał, że mając na uwadze przepisy ustawy VAT, opis przedmiotu zamówienia, treść dokumentów i formularzy przetargowych oraz udzielone przez Zamawiającego wiążące wyjaśnienia nie ma wątpliwości, że w ramach świadczenia złożonego, które składa się na przedmiot zamówienia polegające na dostawie i montażu instalacji gazów medycznych należy zastosować stawką właściwą dla wyrobów medycznych, tj. 8 %. Zamawiający powołał się na uchwałę SN III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 i wskazał, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający udzielając wyjaśnień w zakresie zastosowania stosownej stawki podatku VAT podał jak prawidłowo powinna być obliczona wartość oferty. Zgodnie bowiem z istniejącą linią orzecniczą wyjaśnienia te stanowiły wykładnię wiążącą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców. W związku z powyższym Zamawiający postanowił skorzystać z uprawnień wynikających z dyspozycji

art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 24 listopada 2021 r. Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie w ofercie innej omyłki, mając jednocześnie na względzie dyspozycję

art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

W dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta

Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 oraz ust. 3, art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 10, art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 146aa ust. 1 pkt 1 i art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług [dalej „ustawa VAT”] nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie jako, że oparte są na wspólnych okolicznościach faktycznych.

Odwołujący stał na stanowisku, iż wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty poprzez zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT 23% dla całego zakresu zamówienia, w sytuacji, gdy zdaniem Odwołującego w odniesieniu do instalacji gazów medycznych zastosowanie powinna mieć stawka preferencyjna 8%. Jednocześnie zdaniem Odwołującego w dokumentach zamówienia Zamawiający nie określił obowiązującej stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych, tym samym czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu w ofercie wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych z 23% na 8% jako innej omyłki była niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Stosownie do treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W myśl ust. 2 ww. przepisu, zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Stosownie do treści ust. 3 ww. przepisu, w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11).

Dalej wskazać należy, iż zgodnie z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy VAT, stawka podatku wynosi 22% (z zastrzeżeniem wskazanych wyjątków), a dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z żywnością (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7% (przy czym zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy VAT stawki te od 1 stycznia 2019 r. wynoszą odpowiednio 23% i 8%). Bezsporna w przedmiotowej sprawie była okoliczność, iż wyroby medyczne wskazane w załączniku nr 3 do ustawy VAT, tj. Wyroby medyczne

w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, aktualnie co do zasady opodatkowane są stawką VAT w wysokości 8%.

Izba ma świadomość, iż kwestia opodatkowania wyrobów medycznych, których dostawa czy instalacja, następuje w ramach realizacji robót budowlanych jest problematyczna, a interpretacje organów skarbowych pozostają często rozbieżne. Wieloletnia praktyka Izby potwierdza, że z uwagi na odmienność stanów faktycznych nie sposób wypracować jednolitego podejścia do kwestii związanej ze świadczeniami złożonymi i możliwością zastosowania jednolitej stawki VAT do wszystkich świadczeń objętych zamówieniem. Niewątpliwie sytuacja taka nie gwarantuje wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia pewności i stabilności w procesie stosowania prawa. Z powyższego względu w ocenie Izby na gruncie zamówień publicznych kwestię podatku od towarów i usług, jako elementu silnie cenotwórczego, należy rozpatrywać nie tylko w aspekcie podatkowym, ale także z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2377/19).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy niesporne było to, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał stawki podatku VAT właściwej dla instalacji gazów medycznych. Jednakże w toku postępowania o udzielenie zamówienia w ramach wyjaśnień treści specyfikacji z dnia 2 lipca 2021 r. pyt. Nr 34 Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie jednego z wykonawców wskazując, iż dla wyrobów medycznych, w tym gazów medycznych dopuszcza stosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8%. Wyjaśnienia treści specyfikacji w powyższym zakresie były tym samym wiążące zarówno dla samego Zamawiającego, jak i wszystkich wykonawców zainteresowanych niniejszym postępowaniem, którzy winni sporządzić oferty z uwzględnieniem udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi. Powyższe rozumienie wyjaśnień specyfikacji warunków zamówienia dotyczących pytania nr 34 potwierdza także stanowisko samego Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 10 listopada 2021 r., w którym Wykonawca odwołał się do udzielonej odpowiedzi na pyt. nr 34, zwracając jednocześnie uwagę na wiążący charakter udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ. Tym samym prezentowane w toku rozprawy przez Odwołującego stanowisko jakoby Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT właściwej dla instalacji gazów medycznych Izba uznała za niespójne i wykreowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. W ocenie Izby powyższego stanowiska Odwołującego nie potwierdza także okoliczność, iż w dniu 18 października 2021 r. komisja przetargowa wystąpiła do radcy prawnego Zamawiającego z wnioskiem o opinię prawną dotyczącą stawki podatku VAT, która została zastosowana w ofertach dla instalacji gazów medycznych. Wskazać należy, iż komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny ofert oraz dokonywania innych powierzonych jej przez kierownika zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub związanych z przygotowaniem postępowania. Tym samym zadaniem komisji przetargowej jest należyte zbadanie ofert złożonych w danym postępowaniu, które może zostać poprzedzone zasięgnięciem opinii u podmiotu posiadającego specjalistyczną wiedzę w danym zakresie.

Przechodząc do kwestii możliwości dokonania w przedmiotowym stanie faktycznym poprawienia w ofercie wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. stawki podatku VAT wskazanej dla instalacji gazów medycznych podkreślić należy, że przy ocenie tego zarzutu, Izba kierowała się stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: i Zgodnie z nimi w wypadku wskazania w specyfikacji stawki podatku VAT, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i ewentualnego rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) jeśli zaistnieją ku temu przesłanki. Inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku nie wskazał w treści specyfikacji. W takiej sytuacji to na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT. Podkreślić należy za stanowiskiem Sądu Najwyższego, wskazanym w ww. uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest specyfikacja warunków zamówienia. To na podstawie treści specyfikacji wykonawcy przygotowują ofertę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli zatem, zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia wskaże stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia wskazanej w ofercie stawki podatku VAT jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Uwzględniając powyższe rozważania podkreślić należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy stawka podatku VAT właściwa dla instalacji gazów medycznych była ostatecznie znana wykonawcom w wyniku wyjaśnień treści SWZ z dnia 2 lipca 2021 r. pyt. Nr 34, co potwierdził sam Odwołujący w piśmie z 10 listopada 2021 r. Zauważyć także

należy, iż Odwołujący nie twierdził, że poprawienie w treści oferty Przystępującego stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych stanowiło istotną zmianę treści oferty.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie można dojść do wniosku jakoby Zamawiający prowadził z Przystępującym zakazane w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje treści oferty w zakresie stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych skutkujące niedopuszczalną zmianą treści oferty w tym zakresie. Wskazać należy, że Zamawiający zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania oferty danego wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów zamówienia, czy też poziomu zaferowanej ceny, przed podjęciem ewentualnej decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty. Ponadto w okolicznościach tej sprawy Zamawiający wystąpił do wszystkich wykonawców z wezwaniem w przedmiocie zastosowanych stawek podatku VAT dla gazów medycznych. Powyższa czynność umożliwiła Zamawiającemu wyjaśnienie motywów jakie legły u podstaw decyzji poszczególnych wykonawców w zakresie przyjętej stawki podatku. Z kolei jak wyjaśnił w piśmie z dnia 10 listopada 2021 r. Przystępujący, kwestia stawki podatku VAT właściwej dla instalacji gazów medycznych oraz świadczenia kompleksowego była wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak również krajowych sądów administracyjnych oraz organów rozpoznających środki ochrony prawnej. Wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. stał na stanowisku, że instalacje gazów medycznych w momencie realizacji robót budowlanych i przed dokonaniem stosownej certyfikacji na etapie ich odbioru i uruchomienia przez kwalifikowany podmiot, nie posiadają statusu wyrobu medycznego i nie mogą zostać objęte preferencyjną stawką podatku VAT, co potwierdza wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 70/20, w której Przystępujący był uczestnikiem. Przystępujący wskazał również, że powyższe stanowisko jest prezentowane w literaturze branżowej. Tym samym całościowa analiza wyjaśnień złożonych przez Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. w niniejszej sprawie wskazuje, że u podstaw decyzji Spółki w zakresie opodatkowania przedmiotu zamówienia stawką podstawową było uzyskanie rozstrzygnięcie w podobnej sprawie odwoławczej korzystne dla Przystępującego, jak również poglądy wynikające z literatury branżowej. Nie sposób zatem w okolicznościach rozpoznawanej sprawy stwierdzić, iż wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. w sposób celowy czy zamierzony dokonał zmiany założeń zawartych w specyfikacji warunków zamówienia na własne.

Wobec powyższego czynność Zamawiającego z dnia 22 listopada 2021 r. polegająca na poprawieniu w ofercie wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. stawki podatku VAT dla instalacji gazów medycznych z 8% na 23% jako innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wezwania ww. Wykonawcy do wyrażenia zgody poprawienie wskazanej omyłki, a także poprawienia związanych z nią omyłek rachunkowych i pisarskich w treści oferty Wykonawcy, nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Podsumowując, podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczące niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: