Sygn. akt: KIO 2220/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **ADAMIETZ SP. Z O.O. z siedzibą w Strzelcach Opolskich** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Działdowie,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ADAMIETZ SP. Z O.O. z siedzibą w Strzelcach Opolskich** i
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ADAMIETZ SP. Z O.O. z siedzibą w Strzelcach Opolskich**, tytułem wpisu od odwołania.
   3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 2220/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Działdowie– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Przebudowa i modernizacja istniejącego Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w SPZOZ w Działdowie w celu podniesienia bezpieczeństwa pacjentów poprzez poprawę jakości i dostępności do świadczonych usług medycznych”,* znak sprawy: 13/TP/RB/24.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 20 maja 2024 r. (ogłoszenie nr 2024/BZP 00330681).

W dniu 24 czerwca 2024 r. wykonawca ADAMIETZ SP. Z O.O. z siedzibą w Strzelcach Opolskich wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

(1) nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Husaria Development Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku („**Husaria**”, „**Wykonawca**”), prowadzących do uznania, że oferta wykonawcy Husaria jest prawidłowa (zgodna z SWZ) i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;

(2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Husaria;

(3) uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Husaria i dokonania wyboru tej oferty w Postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) **art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp** poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Husaria, gdy tymczasem oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do wykonaniu instalacji gazów medycznych, stanowiących wyrób medyczny, podczas gdy zakres ten powinien zostać opodatkowany stawką podatku VAT w wysokości 8%;

(2) **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp** poprzez niezasadne uznanie, że oferta wykonawcy Husaria nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Husaria;

(3) **art. 74 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem z dnia 18 czerwca 2024 r., w szczególności protokołu postępowania i korespondencji, jaką Zamawiający prowadził z Husarią;

a w konsekwencji powyższego;

(4) **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

(2) uznanie, że oferta Husaria zawiera błąd w obliczeniu ceny;

(3) odrzucenie oferty wykonawcy Husaria;

(4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty Husaria;

(5) udostępnienie aktualnego na dzień udostępnienia protokołu postępowania wraz z wszystkimi załącznikami.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę ADAMIETZ SP. Z O.O. z siedzibą w Strzelcach Opolskich Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lipca 2024 r. (pismo z dnia 3 lipca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca HUSARIA DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2024 r. (pismo z dnia 3 lipca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2.Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

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.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP, ze względu na

cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu. Pozostałe sformułowane przez Odwołującego zarzuty odwołania (tj. zarzut nr 1, nr 2, nr 4) w ocenie Izby nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Husaria, gdy tymczasem oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do wykonaniu instalacji gazów medycznych, stanowiących wyrób medyczny, podczas gdy zakres ten powinien zostać opodatkowany stawką podatku VAT w wysokości 8%, jest w ocenie Izby niezasadny.

W przedmiotowej sprawie istota sporu sprowadzała się do kwestii, czy w niniejszym postępowaniu należało zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23% (stawka podstawowa) dla całego przedmiotu zamówienia, czy też dwie stawki podatku VAT, tj. 8% dla instalacji gazów medycznych - stawka preferencyjna oraz 23% dla robót budowlanych, instalacji sanitarnych i instalacji elektrycznych.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż Przystępujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu skorzystał ze wzoru formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, gdzie Zamawiający w ww. formularzu cenowym nie wskazał żadnej stawki, wskazując w pkt 19.12 SWZ, iż: „Prawidłowe ustalenie stawki i kwoty podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 361 z poźn.zm.). Zamawiający nie uzna za oczywistą omyłkę i nie będzie poprawiał błędnie ustalonej stawki podatku VAT".

Biorąc powyższe pod uwagę Przystępujący w formularzu ofertowym zastosował 23% stawkę podatku VAT, w przeciwieństwie do Odwołującego, który w formularzu ofertowym zastosował dwie stawki podatku VAT 8% i 23%.

Izba zważa, że w załączniku nr 3 do ustawy o VAT (Wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%) w poz. 13 wymieniono, bez względu na CN, m.in. wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/ EWG i 93/42/EWG (Dz.Urz.UE.L 117 z 05.05.2017, str. 1, z późn. zm.), dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co zdaniem Odwołującego powyższe zapisy, jak również dokumentacja projektowa dotycząca instalacji gazów medycznych (projekt techniczno/wykonawczy, specyfikacja techniczna i odbioru robót, przedmiar, czy też harmonogram rzeczowo - finansowy) miałyby przesądzić o tym, iż w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do instalacji gazów medycznych należało zastosować 8% stawkę podatku VAT.

Izba zważa, że co do zasady każde świadczenie usług powinno być traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne, niemniej jednak świadczenie składające się z jednolitej usługi (z ekonomicznego punktu widzenia) nie powinno być w sztuczny sposób dzielone, gdyż mogłoby to skutkować naruszeniem całego systemu opodatkowania. Oznacza to, że dane świadczenie może mieć charakter kompleksowy, jeżeli z ekonomicznego punktu widzenia oraz z perspektywy oczekiwań nabywcy, określone czynności (świadczenia) wchodzą w skład jednej złożonej usługi i w takim przypadku dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług nie należy sztucznie rozdzielać poszczególnych czynności. Stanowisko takie przedstawił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r., nr C-349/96, Card Protection Plan Ltd (CPP) przeciwko Commissioners of Customs and Excise, ECLI:EU:C:1999:93, stwierdzając że: "Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej".

Podobnie orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 (Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Statssecretaris van Financiën), gdzie w motywie 21 wskazał, że „(...)mamy do czynienia z jednym świadczeniem, zwłaszcza w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla świadczenia głównego, podczas gdy, przeciwnie, jedno lub więcej elementów świadczeń powinno być postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego (ww. wyrok w sprawie CPP, pkt 30, oraz wyrok z dnia 15 maja 2001 r. w sprawie C-34/99, Primback, Rec. str. 1-3833, pkt 45)", czy też w motywie 22 „Podobnie jest w przypadku, jeśli dwa lub więcej świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako przeciętny konsument, są tak ściśle związane, że stanowią one obiektywnie jedno tylko nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny."

Warto w tym miejscu powołać się również na stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu w wyroku z dnia 15 marca 2011 r. (sygn. akt I SA/Po 951/10), w którym stwierdzono: „Biorąc powyższe rozstrzygnięcie pod uwagę, należy podzielić pogląd, że świadczenie kompleksowe (złożone) będzie mieć miejsce wówczas, gdy relacja

poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy będzie miała charakter świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego (lub świadczeń pomocniczych), a zatem takich, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego (lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego). Jeżeli jednak świadczenia te można, bez popadania w sztuczność, rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy - wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależne opodatkowane świadczenia".

W związku powyższym, zgodnie z powołanym orzecznictwem zastosowanie różnych stawek podatku VAT – tak jak zrobił to Odwołujący – nie jest błędem, ale jednocześnie nie potwierdza tego, że instalacja gazów medycznych w ramach przedmiotowego postępowania nie stanowi świadczenia pomocniczego i że nieprawidłowe było przyjęcie przez Przystępującego podstawowej stawki podatku VAT (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 94/23).

Izba zważa, iż powoływanie się przez Odwołującego na interpretacje podatkowe, w tym także przez Zamawiającego, jedynie mogą świadczyć o różnym podejściu organów podatkowych do powyższych kwestii.

Izba chciałaby w tym miejscu również zwrócić uwagę, iż przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu obejmuje wykonanie robót budowlanych polegających na wewnętrznej przebudowę pomieszczeń na potrzeby Szpitalnego Oddziału Ratunkowego. Zadanie jest współfinansowane ze środków Funduszu Medycznego w ramach realizacji projektu p n . *"Przebudowa i modernizacja istniejącego Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w SPZOZ w Działdowie w celu podniesienia bezpieczeństwa pacjentów poprzez poprawę jakości i dostępności do świadczonych usług medycznych"*.

Tak więc celem udzielenia niniejszego zamówienia jest całościowa przebudowa i modernizacja oddziału szpitalnego mająca zarazem na celu podniesienie bezpieczeństwa pacjentów poprzez poprawę jakości i dostępności do świadczenia usług medycznych.

Co znamienne, Zamawiający w treści OPZ Ad. I. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, instalacja gazów medycznych jest wymieniona wśród wszystkich pozostałych robót bez ich specjalnego wyodrębniania, gdzie zakres robót obejmuje m.in. parter budynek główny: roboty budowlane, instalacje sanitarne, w tym instalacja gazów medycznych, instalacje elektryczne. I tak w ramach instalacji sanitarnych znajdują się: „roboty demontażowe, instalacja z.w., c.w., cyrkulacji, instalacja kanalizacji sanitarnej - podłączenie nowych pionów do istniejących pionów, wykonanie instalacji c.o., instalacja klimatyzacji, wentylacji mechanicznej wraz z niezbędnymi badaniami i pomiarami (w tym poziomu hałasu), pomiary i badania pozostałych wykonanych instalacji, instalacja gazów medycznych, montaż mostów medycznych medycznych, paneli medycznych, kolumn anestezjologicznych.".

Nadto Izba zwraca uwagę, iż z dokumentacji postępowania wynika, iż sam Zamawiający w każdym kosztorysie inwestorskim dotyczącym robót budowlanych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i instalacji gazów medycznych znajduje się dopisek „+ 23% VAT", co oznacza zdaniem Izby, iż Zamawiający traktował całą inwestycję jako inwestycję kompleksową z jedną stawką podatku VAT, tj. 23%.

W ocenie Izby powyższe traktowanie przez Zamawiającego jako jednej stawki podatkowej, może również świadczyć fakt, iż Zamawiający ani w formularzu ofertowym, ani w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ nie wyodrębnił dwóch stawek podatku VAT, jedną dla robot budowlanych i drugą dla instalacji gazów medycznych.

Izba zważa, że również powoływany przez Zamawiającego na rozprawie § 11 ust. 1 projektowanych postanowieniach umowy świadczy o traktowaniu przedmiotu zamówienia jako inwestycji kompleksowej, zgodnie z którym: „ Wykonawca udzielającemu gwarancji i jakości na wykonane roboty, liczonej od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy przez Zamawiającego na okres: .....miesięcy na wszystkie roboty i elementy, urządzenia składowe stanowiące przedmiot umowy".

Poza tym, Izba zważa, że argument Odwołującego, iż „wykonanie instalacji gazów medycznych mogło być również zlecone w następstwie przeprowadzenia odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", to Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że z punktu widzenia organizacyjnego i ekonomicznego byłoby to kompletnie nieuzasadnione, zwłaszcza, jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „W szczególności nie byłoby zasadne z punktu widzenia Zamawiającego wykonanie modernizacji oddziału Szpitala w zakresie robót budowlanych, a następnie montaż instalacji gazów medycznych w dopiero co wykończonych ścianach poprzez wykuwanie bruzd instalacyjnych. Takie rozdzielenie robót byłoby bezzasadne ze względów organizacyjno- ekonomicznych i niepotrzebnie przedłużyłoby wszystkie prace", a Izba zgadza się z powyższą argumentacją Zamawiającego.

Warto w tym miejscu zauważyć, że podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1859/21, w którym Izba wskazała, iż: „Z punktu widzenia nabywcy świadczenia, czyli zamawiającego, jak i z punktu widzenia ekonomicznego, wszystkie ww. prace stanowią całość służącą jednemu celowi. W szczególności nie byłoby zasadne z punktu widzenia zamawiającego wykonanie modernizacji oddziału szpitala w

zakresie robót budowlanych, a następnie instalowanie gazów medycznych w dopiero co wykończonych ścianach poprzez wykuwanie bruzd instalacyjnych. Takie rozdzielenie robót byłoby bezzasadne ze względów organizacyjnych i niepotrzebnie przedłużałoby wszystkie prace. Tym samym z punktu widzenia celu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający, roboty budowlane służące modernizacji oddziału, jak i instalacja gazów medycznych i montaż paneli nadłóżkowych, stanowią całość, a ich rozdzielenie byłoby sztuczne. Teoretycznie można też prace w zakresie instalacji gazów i paneli wykonać w trakcie trwających robót budowlanych, ale pomijając trudności dotyczące koordynacji przez zamawiającego zadań różnych wykonawców, przede wszystkim takie rozwiązanie jedynie podkreśla sztuczność rozdzielania ww. prac. Skoro bowiem dla uzyskania jak najlepszego efektu przedmiotowego, ekonomicznego i organizacyjnego, powinny być one wykonywane w tym samym czasie, w tym samym miejscu i w tym samym celu, to rozdzielanie ich ma charakter sztuczny", a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby rację ma Zamawiający, iż:„z punktu widzenia celu, jaki zamierza osiągnąć Zamawiający, roboty budowlane służące modernizacji oddziału, jak i instalacja gazów medycznych, stanowią całość, a ich rozdzielenie byłoby sztuczne.".

W ocenie Izby potwierdza to również wypowiedź Przystępującego na rozprawie, który wskazywał, iż w przedmiotowym postępowaniu roboty mają polegać na rozbudowywaniu, wpinaniu się do istniejącej instalacji, a nie na budowie od zera. Świadczą o tym dowody wniesione przez Przystępującego w postaci projektu technicznego, w którym m.in. zawarto następujące sformułowania: „Nowy rurociąg N20 wpiąć do istniejącej rozprężalni", „Od strony korytarza podłączyć do skrzynki 3 istniejące rurociągi oraz nowy rurociąg tlenu na potrzeby inwestycji", „Piony na parterze zakończyć trójnikiem i zaworami (zapewnić możliwość rozbudowy instalacji na wyższym piętrach", co ma też swoje odzwierciedlenie w przedmiarze robót.

Odnosząc się z kolei do pozostałych dowodów wniesionych przez Odwołującego i Przystępującego, to Izba w pierwszej kolejności odniesie się do dowodu Odwołującego w postaci zawiadomienia o wyborze najkorzystniej oferty dotyczącego innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym to postępowaniu oferta wykonawcy PORR S.A. została odrzucona z powodu zastosowania, zdaniem tamtejszego Zamawiającego, nieprawidłowej stawki podatku VAT w zakresie instalacji gazów medycznych, przy czym co istotne odrzucenie oferty ww. wykonawcy dotyczyło zamówienia opcjonalnego, a nie zamówienia podstawowego, co w ocenie Izby już samo to nie ma bezpośredniego przełożenia na przedmiotowe postępowanie.

W związku z powyższym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż nie ma znaczenia, czy zamówienie dotyczyło zamówienia podstawowego, czy opcjonalnego. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie, ponieważ zamówienie opcjonalne może właśnie stanowić o charakterze odrębności w odniesieniu do samej instalacji gazów medycznych i konieczności zastosowania w tamtym postępowaniu 8% stawki podatku VAT.

Z kolei odnosząc się do dowodów wniesionych przez Przystępującego w postaci postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które obejmowały swym zakresem instalacje gazów medycznych, to w pierwszej kolejności Izba zważa, że Odwołujący w ogóle nie odniósł się do nich na rozprawie, a po drugie świadczą ewidentnie, że Przystępujący składał oferty z jednolitą stawką podatku VAT w wysokości 23%, co też potwierdzają dołączone przez Przystępującego faktury VAT, a oferta Przystępującego była wybierana przez tamtejszych Zamawiających jako najkorzystniejsza.

Konkludując, w ocenie Izby roboty budowlane wykonywane w celu przebudowy i modernizacji Szpitalnego Oddziału Ratunkowego stanowią świadczenie podstawowe (główne), a instalacja gazów medycznych stanowi świadczenie pomocnicze, dzięki któremu możliwe jest lepsze wykorzystanie świadczenia podstawowego, jakim jest właśnie przebudowa i modernizacja Oddziału Szpitala Ratunkowego, co powoduje zdaniem Izby, że w przedmiotowym postępowaniu instalacja gazów medycznych dzieli los prawny świadczenia głównego.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut nr 1 jest niezasadny, a w konsekwencji niezasadny jest również zarzut nr 2 odwołania, a także zarzut nr 4 odwołania, ze względu na to, iż Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego, aby prowadził przedmiotowe postępowanie w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 *w* zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……