

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2024 r. przez odwołującego TERMO Klima MK Sp. z o.o. Sp. j. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego K.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRBiUT KARBUD K.A. w Kielcach

orzeka:

1. częściowo umarza postępowanie odwoławcze – w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy K.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRBiUT KARBUD K.A. w Kielcach do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie istotnej części składowej dotyczącej instalacji zestawów przyłóżkowych (zarzut nr 4),

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego TERMO Klima MK Sp. z o.o. Sp. j. w Katowicach i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 17 200,00 zł (siedemnaście tysięcy dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników,

3.2. zasądza od odwołującego TERMO Klima MK Sp. z o.o. Sp. j. w Katowicach na rzecz zamawiającego Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej ul. Wincentego Lipa 2, 41-703 Ruda Śląska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Kompleksowa modernizacja pomieszczeń Oddziału Perinatologii, Ginekologii i Położnictwa na III i IV piętrze budynku „A” Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00317624, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 25 czerwca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca TERMO Klima MK Sp. z o.o. Sp. j. ul. Tartaczna 12, 40-749 Katowice (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, a zastosowanie 8% stawki VAT dla robót objętych poz. 12-15 kosztorysu ofertowego dla branży elektrycznej jest zgodne z przepisami prawa;

2. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KARBUD, iż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny, ze względu na zastosowanie podstawowej stawki VAT (23%) dla robót objętych poz. 12-15 kosztorysu ofertowego dla branży elektrycznej, podczas gdy nie

ma ustawowych podstaw do przyjęcia ww. stawki VAT dla wszystkich robót ujętych w tymże kosztorysie;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KARBUD, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas, gdy cena zaoferowana za wykonanie istotnych części składowych oferty tj.: Instalacji zestawów przyłóżkowych (paneli medycznych), jest nierealna, nie pozwala na możliwość należytej realizacji przedmiotu zamówienia, co prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez wykonawcę KARBUD cena ofertowa jest rażąco niska,

względnie do zarzutu nr 3 powyżej:

4.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KARBUD do wyjaśnienia ceny istotnej części składowej tj. Instalacji zestawów przyłóżkowych (paneli medycznych), w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny tejże części składowej, mimo że cena zaoferowana za wykonanie istotnej części składowych oferty tj.: Instalacji zestawów przyłóżkowych (paneli medycznych), jest nierealna, nie pozwala na możliwość należytej realizacji przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i doprowadzić do zażądania od wykonawcy KARBUD wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma PRBiUT KARBUD K.A. w Kielcaci (dalej zwanego także „KARBUD”) i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje m.in. wykonanie robót elektrycznych, w zakresie instalacji gazów medycznych, wentylacji i klimatyzacji oraz wodno-kanalizacyjnych. Zakres prac niezbędnych do wykonania określa m.in. projekt budowlano-wykonawczy, przedmiar robót oraz STWiORB. W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert. W dniu 20.06.2024 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania - wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wynikach badania i oceny pozostałych ofert. W wyniku tego, za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez w wykonawcę KARBUD, a pięć ofert (w tym oferta odwołującego) zostało odrzuconych na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 10 p.z.p., ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

W zakresie zarzutu wadliwego odrzucenia oferty odwołującego podniesiono, że jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego [pkt 3.3. zawiadomienia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 20.06.2024 r.], kluczowym aspektem odrzucenia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., jest zastosowanie dwóch różnych stawek VAT w jednym kosztorysie dot. branży elektrycznej. Zamawiający odrzucił ofertę uznając, że zawiera błędy w obliczeniu ceny, ponieważ wykonawca przyjął do wyliczenia ceny dwie stawki VAT (8% dla 4 poz., 23% dla 93 poz.) w zakresie przedmiaru dotyczącego robót w zakresie instalacji elektrycznej. Zamawiający uznał, że ze względu na kompleksowy charakter prac ujętych w przedmiarze robót (a następnie w kosztorysie) branży elektrycznej, całość powinna być objęta stawką podstawową 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, gdzie generalną zasadą jest opodatkowanie stawką podstawową 23%. W ocenie zamawiającego, odwołujący winien potraktować ww. zakres prac jako jedną usługę kompleksową, na którą składa się kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne czynności pomocnicze. Natomiast, czynność należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej.

W Informacji o wyniku postępowania zamawiający także stwierdził, że:

- a)w treści SWZ wyodrębnił wykonawcom przedmiary objęte zamówieniem na 5 głównych elementów tj. odpowiednio i odrębnie (1) roboty budowlane, (2) instalacje wodno - kanalizacyjne, (3) instalacje elektryczne, (4) roboty wentylacyjno —klimatyzacyjne oraz odrębnie (5) instalacje w zakresie gazów medycznych. Co do części (3) tj. prac i robót instalacji elektrycznych Zamawiający wskazał na konieczność wykonania łącznie 97 pozycji, które to zbiorczo traktowane będą jako wykonanie prac.
- b)nie neguje, iż zaoferowane zestawy przyłóżkowe i zestawy IO podlegają ustawie o wyrobach medycznych z dnia 07.04.2022 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 974 z późn. zm.), natomiast:
- część zamówienia jaką jest zakres wykonania „instalacji elektrycznych” jest elementem funkcjonalnym i kompleksowym, składowe wymienione w kosztorysie w tej części są ściśle ze sobą powiązane w zakresie realizacji przedmiotu głównego i otrzymania skutku świadczenia jakim jest otrzymanie sprawnej i funkcjonującej instalacji elektrycznej w ramach przedmiotu zamówienia i należy w związku z tym rozpatrywać ją jako jedną całość,
 - przeważającą częścią tego elementu jest to usługa polegająca na wykonaniu instalacji i prac z tym związanych

a zatem objętych stawką podstawową 23% zaś zaofierowane zestawy przyłóżkowe i zestawy IO stanowią w istocie szacunkowo 20% wartości całości świadczenia w ramach „Instalacji elektrycznych”;
W konsekwencji co do „instalacji elektrycznych” Wykonawca zobowiązany był zatem ujedliwić zaofierowaną stawkę podatku VAT i zastosować stawkę podstawową 23%. Podsumowując powyższe, Wykonawca zatem nieprawidłowo dokonał podziału przedmiaru Zamawiającego i wyodrębnił z całości 4 pozycje, gdzie zastosował 8% stawkę podatku VAT, a w pozostałej części pozycji 23 % stawki podatku VAT.”.

Ponadto w pkt 3.1 [dot. odrzucenia oferty innego wykonawcy – Przedsiębiorstwa Budowlanego Kompleks K. Króliczej i Wspólnicy sp.j.], zamawiający stwierdził, że dał możliwość wykonawcom wyodrębnienia wykonania instalacji gazów medycznych (odrębny przedmiar), jako osobnego elementu, co każdy z wykonawców, który złożył ofertę uczynił (tj. przygotował osobny kosztorys ofertowy w zakresie poszczególnej części), a także zamawiający przewidział w projektowanych postanowieniach umowy rozliczenie kosztorysowe - odnoszące się do takiej części zamówienia i tak wyodrębnionych - co dodatkowo pozwala wykonawcom zastosować stawkę VAT 8% traktując instalację gazów medycznych jako jeden, osobny „koszyk” usług do wykonania.

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli zamawiający nie określił w SWZ stawki właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości. Przyjmuje się, że obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku w złożonych ofertach spoczywa na zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób zapewniający porównywalność ofert. Odwołujący zastosował prawidłową stawkę podatku VAT, a jego oferta jest zgodna z przepisami prawa, zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Odrzucenie jego oferty, ze względów opisanych powyżej stanowi zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zamawiający natomiast w informacji o wyniku postępowania przedstawił wnioski, które nie mają żadnego uzasadnienia w SWZ oraz przepisach prawa. Z SWZ oraz wyjaśnień do SWZ wynika jasno, że panele przyłóżkowe stanowią element instalacji gazów medycznych i jako takie – zgodnie z ustawą o VAT – są objęte 8% podatkiem VAT. Charakteru tego nie zmienia ujęcie wyceny ww. materiałów w branży elektrycznej.

Jak wynika art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT, stawka podatku VAT dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT wynosi 8%. W poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT znajdują się wyroby medyczne, dopuszczone w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Kwalifikacji wyrobu do kategorii wyrobów medycznych dokonuje się zatem na gruncie innych regulacji niż te, które wynikają z ustawy o VAT, bowiem ustawa ta nie zawiera przepisów dotyczących zasad klasyfikacji danego towaru jako wyrobu medycznego. Zasady te zostały uregulowane w ustawie o wyrobach medycznych.

Odpowiednio do art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych pod pojęciem wyrobu medycznego rozumie się narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędny do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu: (a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby; (b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia; (c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego; (d) regulacji poczęć - który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami. Na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, wyroby wprowadzane do obrotu, wprowadzane do używania, sprowadzane spoza terytorium państw członkowskich przez świadczeniodawcę na własny użytek lub dostarczane w sprzedaży wysyłkowej są oznakowane znakiem CE. Oznaczenie CE wyrób uzyskuje po przeprowadzeniu odpowiednich procedur zgodności, potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze.

W ocenie odwołującego, zgodnie z pkt 6 opisu technicznego: Instalacją gazów medycznych, jest wyrobem medycznym klasy II b, co wiąże się ze szczególnymi warunkami wykonania, odbioru i atestacji, określonymi w PN-EN ISO 7396-1. Panele przyłóżkowe są nieodłącznym elementem całego systemu instalacji gazów medycznych i jako takie nie stanowią samodzielnego urządzenia. Jak zamawiający określił:

a)w pkt 1 opisu technicznego: Zgodnie z „ROZPORZĄDZENIEM PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmianą dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzeniem (WE) nr 178/2002 i rozporządzeniem (WE) nr 1223/2009 oraz uchynieniem dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG, oraz przepisami krajowymi (USTAWA O WYROBACH MEDYCZNYCH z dnia

kwietnia 2022 r. Dz. U. 2022 poz. 974), instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym klasy IIb.

W związku z powyższym urządzenia takie jak:

- skrzynki zaworowo-informacyjno-alarmowe,
- punkty poboru,
- jednostki zaopatrzenia medycznego,

muszą posiadać deklarację zgodności wydaną przez producenta, być oznaczone znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej oraz zgłoszone w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Biorąc pod uwagę wymagania stawiane przez dyrektywę oraz bezpieczeństwo pacjenta i personelu medycznego, instalacje powinny być wykonywane przez firmy z dużym doświadczeniem w branży, posiadające aktualny certyfikat wydany przez Jednostkę Notyfikowaną w zakresie ich wykonywania/montażu.

- b)pkt 4.1 - 4.3 opis technicznego: Zaprojektowano nową instalację zakończoną punktami poboru zamontowanymi zarówno w jednostkach zaopatrzenia medycznego jak i podtynkowo.
- c)w pkt 5.3 opisu technicznego, punkty poboru gazów medycznych muszą odpowiadać wymaganiom określonym w PN-EN ISO 9170-1. Obiekt zostanie wyposażony w punkty poboru w systemie AGA. Punkty poboru muszą posiadać ważne certyfikaty i dopuszczenia, zgodnie z aktualnymi przepisami (Ustawa o Wyrobach Medycznych). Urządzenia należy instalować zgodnie z wytycznymi producenta zawartymi w DTR pod rygorem utraty gwarancji.
- d)Odpowiedzi na pytanie nr 1: [Proszę o podanie dokładnej specyfikacji paneli medycznych nadłóżkowych.] Specyfikacja elektryczna dotycząca paneli nadłóżkowych: 4 gniazda przyłączeniowe, zacisk uziemiający, gniazdo komputerowe, RJ45, instalacja przyzywowa zgodnie ze standardem systemu obowiązującego w Szpitalu, oświetlenie ogólne, miejscowe, nocne gniazda gazów medycznych - typ AGA - ilość zgodna z projektem.

Dla instalacji gazów medycznych jest wymagana i wykonywana odrębna dokumentacja techniczna powykonawcza. Dodatkowo wykonana instalacja gazów medycznych może być dopuszczona do użytkowania wyłącznie po przeprowadzeniu procesu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach medycznych. Bez paneli nadłóżkowych nie jest możliwe wykonanie procesu certyfikacji całego systemu. Wobec tego panele nadłóżkowe należy uznać za element niezbędny i konieczny w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest dostawa tego wyrobu medycznego - systemu instalacji gazów medycznych - ze wszelkimi tego konsekwencjami prawnopodatkowymi - zatem usługa ta musi być opodatkowana wg stawki podatku właściwej dla dostawy wyrobu medycznego. Innymi słowy, panele przyłóżkowe [poz. 12-15 kosztorysu branży elektrycznej], mimo że zostały ujęte w przedmiarze a następnie kosztorysie robót elektrycznych stanowią element systemu instalacji gazów medycznych, co do którego obowiązuje 8% stawka VAT.

Powyższe potwierdza także analiza stanu faktycznego i prawnego dokonana w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9 grudnia 2019 r. nr 01 11-KDIB3-1.4012.608.2019.2.1CZ, w której potwierdzono, że dla czynności montażu instalacji systemu gazów medycznych i paneli przyłóżkowych oraz dostawy innych wyrobów medycznych dokonywanych w ramach budowy, remontu, lub modernizacji budynków szpitali i zakładów opieki medycznej podlega oprocentowaniu 8% stawką podatku VAT. W przytoczonej interpretacji Dyrektor KIS wskazał, że: przepisy ustawy o VAT oraz regulacje Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz.U.E.L 347 s. 1 z późn. zm.), nie regulują kwestii czynności złożonych. Co do zasady, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. Wskazać należy, że na świadczenie złożone (kompleksowe) składa się kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Natomiast, usługę należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Istnienie jednego świadczenia złożonego nie wyklucza zastosowania do poszczególnych jego elementów odrębnych cen. Jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania przepisów ustawy. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi

wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu czynności kompleksowej. Koncepcję opodatkowania świadczeń kompleksowych wypracował Trybunał Sprawiedliwości UE, w wydanych orzeczeniach na podstawie pierwotnie obowiązującej Szóstej Dyrektywy Rady (77/388/EWG) oraz obecnie obowiązującej Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz.U.E.L nr 347, str. 1, z późn. zm.). W szczególności w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd., Trybunał uznał, że każde świadczenie usług powinno być, co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne. Jeżeli jednak dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. Z kolei w wyroku w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV wynika, że jeżeli czynności dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej. Jest tak właśnie w przypadku transakcji, w ramach której podatnik dostarcza konsumentowi standardowe oprogramowanie wcześniej opracowane i oferowane do sprzedaży zarejestrowane na nośniku, jak również zapewnia następnie przystosowanie tego oprogramowania do specyficznych potrzeb tego nabywcy, nawet jeśli następuje to za zapłatą dwóch odrębnych cen. Powyższe spostrzeżenia pozostają przy tym aktualne także wówczas, gdy wynagrodzenie za poszczególne czynności składające się na jedną usługę jest kalkulowane odrębnie. W tym zakresie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE m.in. w ww. sprawie C-41/04 czy C-111/05. Również w orzecznictwie NSA przyjmuje się, że świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze - tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Zatem należy uwzględnić ochronę podstawowych zasad opodatkowania podatkiem od wartości dodanej wymagających, by każda działalność gospodarcza była traktowana w ten sam sposób. Sprzeciwia się to temu, by podmioty gospodarcze dokonujące takich samych czynności, były traktowane odmiennie w zakresie poboru tego podatku (wyrok NSA z dnia 6 maja 2015 r., I FSK 2105/13).

Wobec powyższego mając na uwadze przedstawione okoliczności sprawy w kontekście powołanych przepisów oraz wyroków - prace związane z instalacją gazów medycznych wraz z panelem przyłóżkowym, dostawę i montaż innych wyrobów medycznych wskazanych we wniosku i pozostałe roboty budowlane podejmowane w ramach zawartej umowy w związku z budową lub modernizacją (remontem) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej, należy traktować jako świadczenia odrębne, opodatkowane właściwymi dla tych czynności stawkami. Pomimo tego, że wykonanie wszystkich prac budowlanych objęte będzie jedną umową, jednak dla każdego z elementów powinna być opracowana odrębna dokumentacja techniczna, w tym dla instalacji gazów medycznych. Zatem wykonanie instalacji gazów medycznych wraz panelami przyłóżkowymi stanowią wyrób medyczny rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych i będą stanowić świadczenia odrębne od pozostałych opodatkowanych stawką 23% i będą korzystać z preferencyjnej stawki podatku w wysokości 8% na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy.

Zamawiający przy tym nie kwestionuje charakteru paneli przyłóżkowych [poz. 12-15 kosztorysu branży eklektycznej] jako wyrobów medycznych, a wnioski dotyczące rzekomo błędnego ustalenia stawki podatku VAT na poziomie 8% wyprowadza z tego, że panele przyłóżkowe – na jego żądanie – zostały wycenione w kosztorysie branży elektrycznej. Tymczasem nie jest to cecha decydująca o zasadach opodatkowania. Argumentacja zamawiającego jest w tym zakresie niespójna i niezrozumiała, zwłaszcza że z żadnego elementu treści SWZ nie wynika to, co twierdzi zamawiający, tzn. prace i roboty instalacji elektrycznych zbiorczo traktowane będą jako wykonanie prac, i to że zamawiający przewidział w projektowanych postanowieniach umowy rozliczenie odnoszące się do takiej części zamówienia i tak wyodrębnionych. (zob. pkt 3.1 i 3.3. informacji o wyniku postępowania).

Zdaniem odwołującego odpowiednio do § 9 ust. 2 PPU, rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy odbędzie się kosztorysowo w 3 etapach. Pierwsze rozliczenie nastąpi po realizacji zadań na III piętrze (tj. w pełni ukończone III piętro), drugie rozliczenie nastąpi po 2 miesiącach od rozpoczęcia prac na IV piętrze, czyli tzw. drugiego etapu, trzecie, ostatnie rozliczenie nastąpi po zakończeniu całości prac objętych przedmiotem postępowania. Zamawiający nie zamierza zatem płacić za ukończone branże, a za wykonanie robót w określonych obszarach (miejscach w budynku). Podkreślić zatem należy, że to nie od woli zamawianego zależy klasyfikacja zamawianego świadczenia jako kompleksowego. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 09.10.2020 r. sygn. akt KIO 2410/20. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała

zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności odrzucenia ofert wykonawców (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z powodu zastosowania jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23% do całego przedmiotu zamówienia, które obejmuje również wymianę instalacji gazów medycznych (próżnia i tlen) od pionów zasilających wraz z osprzętem i wymianę wszystkich panele nadłóżkowe i punkty poboru gazów medycznych w pom. zabiegowych dla których zamawiający specyfikacji technicznej w pkt 1.2. wskazał, że stanowią one wyroby medyczne, tym samym zastosowanie stawki podstawowej do tego zakresu zamówienia było nieprawidłowe i stanowiło błąd w obliczeniu ceny. W przedmiotowym zamówieniu (w cytowanej powyżej informacji o wyniku postępowania), zamawiający również wskazał, że instalacja gazów medycznych oraz panele przyłóżkowe są wyrobami medycznymi.

Reasumując, według odwołującego prawidłowo ustalił on stawkę podatku VAT dla paneli przyłóżkowych [poz. 12-15 kosztorysu robót elektrycznych] na poziomie 8%, bowiem zarówno z opisu technicznego tych paneli (SWZ oraz wyjaśnienia do SWZ), jak i wymogów dotyczących wyrobów medycznych (m.in. wprowadzania do obrotu, certyfikacji) wynika jasno, iż panele przyłóżkowe to wyrób medyczny, który jest immamentnie związany z instalacją gazów medycznych, dlatego odwołujący miał prawo i obowiązek ustalenia podatku VAT dla tych elementów na poziomie 8% a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty KARBUD odwołujący podniósł, że zdecydowana część argumentacji prawnej i faktycznej dot. przedmiotowego zarzutu pokrywa się z treścią uzasadnienia zarzutu omówionego powyżej. Z tego tylko względu odwołujący odstępuje od ich powielania, należy bowiem podkreślić, że ustalenie przez KIO, iż oferta odwołującego została odrzucona niezgodnie z przepisami ustawy p.z.p., bowiem nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a stawka podatku VAT na poziomie 8% dla paneli przyłóżkowych jest stawką prawidłową, musi wiązać się z koniecznością odrzucenia oferty KARBUD, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, dlatego że wykonawca ten w poz. 12-15 kosztorysu dla branży elektrycznej przyjął stawkę 23% VAT.

Jak wskazano powyżej, nie istnieją ani kontraktowe (wynikające w SWZ), ani też jurydyczne podstawy dla przyjęcia, iż panele przyłóżkowe o specyfikacji wymaganej przez zamawiającego nie stanowią wyrobu medycznego, części składowej instalacji gazów medycznych a zatem, że należy opodatkować je stawką inną niż 8% podatku VAT. Jednocześnie nie jest możliwe, aby ta sama czynność w tym samym stanie faktycznym była możliwa do opodatkowania różnymi stawkami VAT, na co wskazał NSA w cytowanym już powyżej wyroku z dnia 6.05.2015 r., I FSK 2105/13. Przyjęcie błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., który nie może zostać usunięty w trybie art. 223 ust. 2 p.z.p. Takie stanowisko jest bezsporne i wynika wprost z jednolitej i ugruntowanej linii orzeczniczej. Dla wymogu odrzucenia oferty bez znaczenia pozostaje charakter popełnionego przez wykonawcę błędu i jego wpływ na wysokość ceny brutto. Innymi słowy - błąd w obliczeniu ceny zachodzi zarówno w sytuacji, w której wykonawca zastosuje wyższą stawkę podatku VAT, aniżeli wynikająca z treści przepisów, jak i w sytuacji, w której wykonawca zastosuje stawkę niższą.

Skoro zatem panele przyłóżkowe są elementem sieci instalacji gazów medycznych, są wyrobem medycznym, to niezależnie od tego w jakim miejscu arkusza kosztorysu należało dokonać ich wyceny obowiązuje dla nich 8% stawka podatku VAT. Wykonawca KARBUD dla ww. zakresu prac przyjął stawkę 23% VAT, co stanowi – w świetle omówionych powyżej regulacji – błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., oferta podlega odrzuceniu w przypadku, w którym zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w należy odczytywać w związku z art. 224 ust. 1 p.z.p., który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w przypadku, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej.

Zasadniczo przyjmuje się, że istotnymi są przede wszystkim te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny. Mogą to być również takie części wyceny przedmiotu zamówienia od których - ze względu na ich merytoryczne, realizacyjne znaczenie - zależy osiągnięcie podstawowych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, które samodzielnie mogą wpłynąć na należyte wykonanie całości zamówienia w cenie oferty. Najczęściej sprowadza się to do ustalenia, iż istotnymi częściami składowymi ceny będą te elementy, które ze względu na ich wartość lub znaczenie, mają wpływ na wykonanie zamówienia. (tak: Wyrok KIO z dnia 17.01.2023 r. KIO 3527/22; Wyrok KIO z dnia 29.06.2022 r. KIO 1543/22). KIO w wyroku z dnia 19.01.2018 r. (KIO 2678/18) wskazała, że rozumienie istotnej części składowej ceny oferty nie powinno odnosić się tylko porównywania poszczególnych kosztów bez uwzględnienia okoliczności i kryteriów innych niż

cena. Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty. Dlatego pojęcie "istotności" części składowej ceny lub kosztu należy interpretować również poprzez odniesienie się do "istotności" części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Dodatkowo można wskazać na pogląd, z którego wynika, iż za jedno kryteriów determinujących możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny oferty, a w konsekwencji i odrzucenia takiej oferty, winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (tak: wyrok KIO z dnia 19.02.2024 r. KIO 241/24).

Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia przewidział wykonanie systemu instalacji gazów medycznych, gdzie jednym z kluczowych elementów, bez których nie jest możliwa certyfikacja i dopuszczenie całego systemu, są panele przyłóżkowe. Wskazane panele muszą spełniać warunki określone SWZ oraz ustawie o wyrobach medycznych m.in. co do oznakowania znakiem CE. Oznaczenie CE wyrób uzyskuje po przeprowadzeniu odpowiednich procedur zgodności, potwierdzających, że wyrób spełnia odnoszące się do niego wymagania zasadnicze. Wykonawcy mieli obowiązek dokonać jego wyceny w kosztorysie branży elektrycznej (poz. 12-15). Wykonawca KARBUD wycenił panele przyłóżkowe na kwotę: w pozycji 13 kosztorysu: 600zł/szt. (do wykonania 19 szt. – wartość w pozycji: 11 400,00 zł netto), w pozycji 15 kosztorysu: 900zł/szt. (do wykonania 19 szt. – wartość w pozycji: 17 100,00 zł netto). Podczas gdy realna, rynkowa średnia wartość ww. urządzeń to kwota rzędu 4000 zł netto/sztukę (dowód: oferta Kendromed – załącznik do protokołu z postępowania, oferta odwołującego - załącznik do protokołu z postępowania). Gdyby zatem wykonawca wycenił panele przyłóżkowe po cenach rynkowych (uśredniając 4000 zł netto za sztukę), to cena samych paneli w jego ofercie wyniosłaby 152 000,00 zł netto (obecnie jest to wartość 28 500,00 zł netto). Między ofertą KARBUD a ofertą odwołującego jest 134 028,82 zł brutto różnicy, co oznacza, że jeśli wykonawca KARBUD wyceniłby ww. zakres urządzeń w sposób rynkowy, to jego oferta nie byłaby ofertą najtańszą, najkorzystniejszą.

Odwołujący dodał, że stoi na stanowisku, że nie ma możliwości wykonania zamówienia w analizowanym zakresie za kwotę 28 500,00 zł netto i zastrzega sobie przedstawienie w tym zakresie dodatkowych dowodów na rozprawie. Odwołujący również zwrócił uwagę na to, że panele przyłóżkowe jako wyroby medyczne muszą spełniać określone normy i posiadać certyfikaty. Zabudowa niewłaściwego materiału albo brak możliwości jego zabudowy z uwagi na brak zabezpieczenia przez wykonawcę KARBUDzniweczy całkowicie możliwość korzystania z systemu instalacji gazów medycznych. Zatem rażące zniżenie ceny w tym zakresie powinno skutkować odrzuceniem oferty KARBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a jeśli wykonawca ten nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający winien zażądać w tym zakresie stosownych wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lipca 2024 r.

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 zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego – K.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRBiUT KARBUD K.A. ul. Szwedzka 8/25, 25-135 Kielce (dalej zwanego „przystępującym”), co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który upatrywał wady w przystąpieniu podnosząc, że kopia przystąpienia została mu doręczona 5 lipca 2024 r., czyli po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia, który rozpoczął bieg od dnia 26 czerwca 2024 r., czyli w dacie przekazania wykonawcom treści odwołania przez zamawiającego i upłynął w dniu 1 lipca 2024 r.

Skład orzekający wskazuje, że trzydniowy termin, określony w art. 525 ust. 1 p.z.p., dotyczy doręczenia zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (art. 525 ust. 2 p.z.p.), nie zaś odwołującemu. W ustalonym stanie rzeczy przystępujący w dniu 1 lipca 2024 r., kiedy upływał termin na zgłoszenie przystąpienia, skutecznie doręczył przystąpienie Prezesowi Izby. Do przystąpienia dołączono dowody przesłania jego kopii

zamawiającemu i odwołującemu (potwierdzenia nadania Poczta Polska z dnia 01.07.2024 r. stanowią załączniki nr 3-4 do przystąpienia), co jest wystarczające dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia. Oprócz zawitego terminu na doręczenie przystąpienia Prezesowi Izby, ustawa p.z.p. nie zawiera regulacji dotyczących terminu doręczenia przystąpienia stronom postępowania odwoławczego, a jedynie obowiązek przesłania im kopii zgłoszenia przystąpienia – *de facto* przed doręceniem Prezesowi Izby, ponieważ art. 525 ust. 2 p.z.p. wymaga dołączenia do przystąpienia dowodu przesłania jego kopii zamawiającemu i odwołującemu, nie precyzując przy tym w jakim terminie kopia ta powinna zostać im doręczona.

Odwołujący podkreślał konieczność uwzględnienia zasady szybkości postępowania, jednakże racjonalny ustawodawca, świadomy teź zasady, nie zdecydował się na określenie terminu na doręczenie kopii zgłoszenia przystąpienia stronom postępowania odwoławczego, pozostając jedynie przy obowiązku jej przesłania. Odwołujący pominął przy tym, że wykładnia prowsólnotowa norm prawa krajowego, dokonywana w zgodzie z zasadami prawa Unii Europejskiej, stosowana przy rekonstrukcji norm p.z.p. w stanowczy sposób zmierza do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców w postępowaniach odwoławczych (np. TSUE w wyrokach z 05.04.2016 r. w sprawie C 689/13, z 04.07.2013 r. w sprawie C-100/12), zatem w ocenie składu orzekającego nie sposób ograniczyć wykonawcy prawa do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym z powodu nałożenia na niego obowiązków, które nie wynikają z ustawy p.z.p. Odmówienie wykonawcy prawa do sądu, czyli uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego i prezentacji własnych racji, w tym obrony swojej oferty, musi posiadać jednoznaczne, uzasadnione podstawy.

Wypada także zauważyć, że niedopuszczenie do postępowania odwoławczego wykonawcy zgłaszającego przystąpienie wywołuje nieodwracalny skutek z uwagi na fakt, że z instytucji określonej w art. 380 k.p.c. (w zw. z art. 579 p.z.p.) skorzystać mogą jedynie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego. Postanowienie w przedmiocie niedopuszczenia do postępowania, odmawiające wykonawcy statusu uczestnika postępowania odwoławczego, jest z tej perspektywy ostatnim orzeczeniem jakie z jego udziałem zapada w sprawie. Od orzeczenia tego nie przysługuje odrębny środek zaskarżenia, a dla podmiotu zgłaszającego przystąpienie – żaden środek zaskarżenia, dlatego też odmówienie wykonawcy udziału w procesie, całkowite zabranie mu głosu i pozbawienie możliwości zajęcia stanowiska w zakresie własnej oferty, powinno posiadać jednoznaczne podstawy, a nie zasadać się na swoistej „wykładni” norm p.z.p. dokonanej przez odwołującego, która w żadnej mierze z nich nie wynika.

Skład orzekający wskazuje dalej, że na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut nr 4 z *petitum* odwołania, co spowodowało, że umorzono postępowanie odwoławczego w tym zakresie, zgodnie z pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miały wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i jej wyjaśnienia, korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, uwzględniając stanowiska procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionej podstawy i jako takie zostało oddalone w całości.

W zakresie zarzutów wadliwego odrzucenia oferty odwołującego, czyli naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., pomimo że oferta odwołującego nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, a zastosowanie 8% stawki VAT dla robót objętych poz. 12-15 kosztorysu ofertowego dla branży elektrycznej jest zgodne z przepisami prawa (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania) i zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, czyli naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., kiedy zdaniem odwołującego oferta przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny ze względu na zastosowanie podstawowej stawki VAT (23%) dla robót objętych poz. 12-15 kosztorysu ofertowego dla branży elektrycznej, gdy nie ma ustawowych podstaw do przyjęcia takiej stawki VAT (zarzut nr 2 z *petitum* odwołania), Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z dokumentacją postępowania, której przedmiot obejmuje wykonanie m.in. robót elektrycznych i robót w zakresie instalacji gazów medycznych, zakres prac niezbędnych do wykonania zamówienia określono w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SWZ), projekcie budowlano-wykonawczym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 10 do SWZ), zamawiający także udostępnił wykonawcom przedmiary robót (załącznik nr 9 do SWZ) i projektowane postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 8 do SWZ). Zamawiający kilkakrotnie udzielał wyjaśnień dotyczących treści dokumentacji postępowania, w tym w dniu 16 maja 2024 r. w zakresie specyfikacji paneli medycznych nadłóżkowych.

Co istotne, zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych ofertach, w tym nie narzucono stawki dla poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży

elektrycznej dotyczących instalacji zestawów przyłóżkowych (tożsamej z poz. 12-15 przedmiaru dla instalacji elektrycznej, załącznik nr 9 do SWZ); wykonawcy również nie pytali zamawiającego przed złożeniem ofert jaka stawka podatku VAT byłaby w jego ocenie prawidłowa, ani nie prosili o uregulowanie tego w dokumentacji postępowania. W złożonych ofertach dla ww. pozycji kosztorysu odwołujący zastosował preferencyjną stawkę 8% VAT, a przystępujący stawkę podstawową 23% VAT. Dalej Izba ustaliła, że w toku badania i oceny ofert zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające, które dotyczyło przedmiotowej stawki podatku VAT – odwołujący i przystępujący zostali wezwani, w trybie art. 223 ust 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia z dnia 10 czerwca 2024 r., a przystępujący z dnia 12 czerwca 2024 r. (obejmujące także element dotyczący wyjaśnień sposobu kalkulacji składnika ceny, zgodnie z wystosowanym do niego wezwaniem zamawiającego). W dniu 20 czerwca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez przystępującego, zaś oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. (zgodnie z pkt 3.3. zawiadomienia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 20.06.2024 r.).

Dla dalszego wyводу istotnym jest zaznaczenie, że w toku postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje oceny czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli dokonuje weryfikacji zgodności z prawem czynności instytucji zamawiającej w zestawieniu z modelem prawidłowego postępowania, odtworzonym na podstawie przepisów prawa i dokumentacji postępowania. Weryfikacja ta odbywa się w kontrykcyjnym procesie, którego wyrażony w orzeczeniu wynik ma charakter formalny (Izba orzeka o prawidłowości zaskarżonej czynności – oddalając odwołanie, albo o jej nieprawidłowości – uwzględniając odwołanie w całości lub w części). Skład orzekający zauważa również, że Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady nie została powołana, aby rozstrzygać spory dotyczące prawa podatkowego, co również zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 96/21, w którym stwierdzono, iż „Jest oczywiste, że zarówno KIO jak i Sąd Okręgowy nie są podmiotami właściwymi do ustalenia wysokości należnego podatku. Organami uprawnionymi do tego są Ministerstwo Finansów w tym Urzędy Skarbowe oraz sądy administracyjne. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela wyrażany wielokrotnie w orzecznictwie pogląd.”). Zatem interpretacja właściwych norm podatkowych w przedmiocie zastosowania stawki podatku od towarów i usług, dokonywana dla potrzeb skontrolowania zaskarżonych czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie miała zastosowanie wyłącznie do weryfikacji prawidłowości badania i oceny ofert w danym postępowaniu.

Należy także podkreślić, że niezależnie od przedmiotu rozpoznawanego sporu postępowanie przed Izłą jest kontrykcyjne (skargowe), czyli to strony są obowiązane do przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* – wyrażoną w art. 534 pkt 1 p.z.p. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21.11.2011 r., sygn. akt: II UK 69/11, z dnia 17.06.2009 r., sygn. akt: IV CSK 71/09).

Postępowanie przed organami podatkowymi jest natomiast postępowaniem inkwizycyjnym, przeciwstawnym modelowi skargowemu. Proces inkwizycyjny (śledczy) charakteryzuje się władczym charakterem postępowań podatkowych, dającym przewagę organowi prowadzącemu postępowanie w imieniu wierzyciela podatkowego (Państwa) w stosunku do dłużnika podatkowego (podatnika). To podmiot orzekający ma obowiązek zgromadzić materiał faktyczny i dowodowy w sprawie i do niego należy ciężar udowodnienia istotnych faktów. Dowody są dopuszczane z urzędu i organ tak długo bada okoliczności, aż dojdzie do rzeczywistego, przekonującego i kompletnego ustalenia stanu faktycznego. Oznacza to, że Izba orzeka w przedmiocie tego, która strona dowiodła swoich racji, zaś organ podatkowy – z założenia – wydaje decyzję obiektywną, ponieważ gromadzi z własnej inicjatywy dowody tak długo, jak jest to konieczne dla wydania prawidłowego rozstrzygnięcia. Okoliczności tej nie można tracić ze wzroku przede wszystkim z uwagi na fakt, iż postępowanie kontrykcyjne z samej swojej istoty może doprowadzić do innego rezultatu niż postępowanie inkwizycyjne, gdyby je przeprowadzono, a w konsekwencji – orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie wiąże organów podatkowych, zaś Izba orzeka w takim stanie faktycznym, jaki został przez przedstawiony i udowodniony przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że o ile było bezspornym, że dla elementów instalacji gazów medycznych, wyrobów medycznych zastosowanie znajduje preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 8%, zaś elementy dotyczące instalacji elektrycznej zostały objęte stawką 23% VAT, to żadna ze stron nie udowodniła, że sporne poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej jednoznacznie należą do wskazywanego zakresu, a tym samym, że postulowana przez nią stawka podatku VAT jest prawidłowa.

Jak wcześniej zaznaczono, w ustalonym stanie rzeczy dokumentacja postępowania nie narzuca wykonawcom

określonych stawek podatku VAT, żaden z wykonawców nie zadał zamawiającemu pytania dotyczącego wskazania stawki podatku dla poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej dotyczących instalacji zestawów przyłóżkowych (poz. 12-15 przedmiaru dla instalacji elektrycznej), nie proszono zamawiającego o uregulowanie tej kwestii w SWZ. Wskazywana przez zamawiającego argumentacja, zawarta w zawiadomieniu o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (*vide* pkt 3.3, str. 3-4 informacji z dnia 20.06.2024 r.) oraz w odpowiedzi na odwołanie (*vide* str. 3-5 odpowiedzi zamawiającego z dnia 08.07.2024 r.) opiera się na zaznaczeniu fragmentów SWZ, które zdaniem strony osadzają sporne pozycje kosztorysu w ramach instalacji elektrycznej, rozumianej jako świadczenie kompleksowe. Natomiast twierdzenia odwołującego z odwołania i jego dodatkowego stanowiska procesowego (pismo procesowe z dnia 19.07.2024 r.) opierają się na wskazaniu elementów SWZ, które miałyby świadczyć o uznaniu tych pozycji za wyrób medyczny, który jest częścią instalacji gazów medycznych. Zatem strony wykazały, iż dokumentacja postępowania zawiera treść, która może przemawiać za uznaniem, że zakres prac określony w poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej mógłby należeć do instalacji gazów medycznych (jak podnosił odwołujący) i mógłby należeć do prac polegających na wykonaniu instalacji elektrycznej (jak twierdził przystępujący i zamawiający). Żadna ze stron natomiast nie wykazała, że SWZ zawiera jednoznaczną treść, która pozwalałaby na bezspeczne ustalenie wymaganej stawki podatku VAT, a dodatkowo mamy elementy przemawiające za każdą z dwóch opcji.

Co istotne, za taką jednoznaczną treść nie może zostać uznana wskazywana przez strony odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 16 maja 2024 r., ponieważ w ramach tych wyjaśnień SWZ zamawiający wskazał specyfikację paneli medycznych nadłóżkowych, a nie odpowiadał do jakiej instalacji należy zaliczyć sporne elementy, ani jaką stawkę podatku VAT w stosunku do nich zastosować. Odpowiedź ta mogłaby sugerować, że powyższe zawiera się w ramach wyrobu medycznego, jeżeli wykonawca zaoferuje panel jako całość, tylko że dalej mamy pozostałą, wiążącą treść dokumentacji postępowania, która mogłaby także sugerować konieczność zawarcia spornych elementów w ramach instalacji elektrycznej (podnoszone przez zamawiającego elementy przedmiaru, projekt budowlano-wykonawczego i STWiOR).

Z punktu widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak wykonawcy powinni rozmieć brzmienie SWZ), dokumentacja postępowania jest niejednoznaczna. Zamawiający także nie narzucił wykonawcom stawki podatku VAT i żaden z wykonawców o to nie zapytał w ramach wyjaśnień SWZ. Mamy treść przemawiającą za dwoma sposobami rozumienia SWZ i należy uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie niejasności/niezgodności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawców, za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem. Jak stwierdzono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 58/22 „Jak słusznie w toku postępowania odwoławczego, zauważał przystępujący Konsorcjum: (...) spółka akcyjna w G. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., a Sąd Okręgowy jego stanowisko aprobeje, iż wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, co ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak zostało to również podkreślone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...)». Reguła ta wynika z prawniczej paremii» In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ". Zatem w ocenie Izby niejednoznaczność SWZ powinna być tłumaczona na korzyść wykonawców – odwołującego i przystępującego.

Dokumentacja postępowania jednoznacznie tej kwestii nie rozstrzyga, nie zadano zamawiającemu pytań w tym przedmiocie, ani nie poproszono o doregulowanie SWZ, zaś to na stronach spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z którymi wiążą korzystne dla siebie skutki prawne. Ze względu na to, że w postępowaniu odwoławczym żadna ze stron nie udowodniła faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, nie jest możliwe ustalenie prawdy materialnej w tym rozumieniu, że nie jest możliwe ustalenie jaką stawkę podatku VAT, jako prawidłową dla poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej, należy przyjąć w tym przypadku. Okoliczność jaka stawka podatku VAT będzie miała zastosowanie w konkretnym stanie faktycznym nie jest bowiem wyłącznie okolicznością prawną, a wymaga wykazania. Żadna ze stron nie udowodniła faktów, które pozwoliłyby jednoznacznie przesądzić o wysokości prawidłowej stawki, ani nie przedłożyła indywidualnej interpretacji dla spornej dokumentacji postępowania, na kanwie której wykonawcy składali oferty.

Strony i przystępujący zaniechali adekwatnej inicjatywy dowodowej dla wykazania swoich racji i dla rozstrzygnięcia sporu konieczne jest sięgnięcie do rozkładu ciężaru dowodu, aby ocenić która ze stron poniesie negatywny skutek swojej bierności.

W ramach zarzutu nr 1 dotyczącego wadliwego odrzucenia oferty odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny, zarzut ten dotyczy twierdzenia przez zamawiającego, że stawka podatku VAT została błędnie wskazana przez

odwołującego, a odwołujący tej okoliczności zaprzecza. Ponieważ zamawiający nie wykazał ani precyzyjnego stanu faktycznego, który pozwoliłby na dokonanie – choćby na potrzeby postępowania odwoławczego przez Izbę – subsumpcji przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług ((Dz. U. 2024, poz. 361), ani nie wykazał, że stanowisko organów skarbowych w tym konkretnym stanie faktycznym wskazuje na błąd odwołującego w obliczeniu ceny, to zamawiającego obciąża negatywny skutek procesowy w postaci przyjęcia, że czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. była nieprawidłowa. (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 96/21, gdzie trafnie zauważono, że „Jedyną możliwością zakwestionowania prawidłowości podanej w wyliczeniu ceny, która miała być podana jako cena brutto i porównywana w zakresie dostawy worków w związku z usługą wywozu od mieszkańców gminy nieczystości byłoby oparcie się o wskazania interpretacji indywidualnej w rozumieniu art. 14b Ordynacji podanej, wydanej w tej konkretnej sprawie – byłby to jedyny możliwy dowód na okoliczność błędu w wyliczeniu ceny albo kosztów. Przepis §1 tego artykułu uprawnia zamawiającego, jako zainteresowanego, do złożenia wniosku do Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej o wydanie, w jego indywidualnej sprawie, interpretacji przepisów prawa podatkowego (interpretację indywidualną). Stosownie do §2 wskazanego artykułu wnioski ten może dotyczyć nie tylko zaistniałego stanu faktycznego ale także zdarzeń przyszłych. Podkreślenia zatem wymaga, że tylko indywidualna interpretacja organu podatkowego wydana w tej sprawie mogłaby być dowodem, który umożliwiłby Sądowi Okręgowemu ustalenie, że cena zawierająca sporną wysokość stawki podatku VAT jest błędna.”). Niemniej, powyższe ustalenie dokonane na podstawie rozkładu ciężaru dowodu, nie implikuje, że stawka preferencyjna 8% VAT przyjęta przez odwołującego była właściwa, a jedynie, że zamawiający nie udowodnił, aby w jednoznacznie uprawniony sposób przyjął zaistnienie po stronie odwołującego błędu w obliczeniu ceny.

W zarzucie nr 2 odwołujący twierdził, że przystępujący nieprawidłowo przyjął w poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej 23% stawkę podatku VAT, kiedy takie działanie powoduje błąd w obliczeniu ceny i zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., jednakże odwołujący również nie przedłożył indywidualnej interpretacji podatkowej dotyczącej dokumentacji postępowania dla rozpoznawanego sporu, a inne interpretacje, dotyczące odmiennych stanów faktycznych, które są nieprzydatne dla ustalenia okoliczności relewantnych dla rozstrzygnięcia. Umnęło uwadze strony, że żaden ze złożonych dokumentów nie dotyczy postępowania, w którym składano oferty, czyli nie został wydany w odniesieniu do ukształtowanego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień opisu przedmiotu zamówienia. To opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem okoliczność jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując cenę oferty za zamówienie. W oparciu o konkretną treść SWZ wykonawcy przygotowywali swoje oferty i zgodnie z nią zamawiający je badał i oceniał. Innymi słowy wykazanie, że dana stawka podatku VAT jest prawidłowa powinno nastąpić poprzez oparcie się – tak, jak trafnie wskazano w wyżej przywołanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – „o wskazania interpretacji indywidualnej w rozumieniu art. 14b Ordynacji podanej, wydanej w tej konkretnej sprawie”. Odwołujący także nie podjął się próby udowodnienia, że przedstawione przez niego interpretacje dotyczą tożsamego stanu faktycznego, a zamawiający zasadnie podnosił, że ustalenia takie dokonywane są dla konkretnego wniosku i odwołujący powinien przedstawić interpretację indywidualną dla poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej w ramach tej SWZ, a nie dotyczące innych stanów faktycznych.

Skład orzekający zaznacza także, że zgadza się z zamawiającym, że postępowanie odwoławcze nie jest etapem, kiedy odwołujący powinien pierwszy raz przedstawiać uzasadnienie dla zastosowanej przez siebie stawki podatku VAT, ponieważ w toku badania i oceny ofert został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wezwanie nie zostało przez odwołującego zaskarżone więc był on związany jego treścią, i pomimo że – jak twierdził odwołujący – Izba zgodnie z art. 552 p.z.p. wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, nie sposób przyjąć, że odwołujący mógł zbagatelizować wezwanie zamawiającego do wskazania „na jakiej podstawie Wykonawca w zakresie kosztorysu ofertowego części „Gazy medyczne” oraz „Elektrycznej” poz. 12-15 zastosował stawkę VAT równą 8%? Proszę o szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania 8% stawki podatku VAT w ww. zakresie.” (tak wezwanie do wyjaśnień treści oferty, wystosowane do odwołującego w dniu 07.06.2024 r.).

Konkludując, z powodu bierności stron i przystępującego nie było podstaw do jednoznacznego ustalania jaka stawka podatku VAT jest prawidłowa dla poz. 12-15 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej. Odwołujący nie udowodnił, że prawidłową stawką byłoby wyłącznie 8% VAT, Izba nie miała zatem podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty zawierającej z tego powodu błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), więc oferta ta prawidłowo nie została wyeliminowana przez zamawiającego z postępowania. Nie uwzględniono także zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania wobec brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ponieważ cena zaoferowana przez odwołującego (2.898.124,74 zł) jest wyższa od ceny oferty przystępującego (2.764.095,92 zł, po poprawieniu omyłki 2.763.648,89 zł), więc przywrócenie odwołującego do postępowania nie zmieni rozstrzygnięcia przetargu. Nadal ofertą najkorzystniejszą w rankingu oceny ofert pozostaje

tańsza oferta przystępującego –zgodnie z rozdziałem XXII SWZ pn. Opis kryteriów ceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu obliczenia ceny, wykonawcy w postępowaniu konkurowali jedynym kryterium dotyczącym ceny ofertowej z wagą 100 pkt, więc ceną niezmiennie wygrywa przystępujący, a uwzględnienie omawianego zarzut nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas, gdy cena zaoferowana za wykonanie istotnych części składowych oferty tj.: instalacji zestawów przyłóżkowych (paneli medycznych) jest nierealna, nie pozwala na możliwość należytej realizacji przedmiotu zamówienia, co prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez przystępującego cena ofertowa jest rażąco niska – skład orzekający wskazuje jak niżej.

Izba ustaliła, że w dniu 11 czerwca 2024 r. przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p., w zakresie „wyliczenia istotnej części składowej ceny za realizację przedmiotowego zamówienia w części elektrycznej kosztorysu ofertowego tj.: 1) poz. 13 - Zestawy przyłóżkowe przykręcane 2) poz. 15 - Zestawy IO przykręcane Wykonawca zaoferował w zakresie pozycji 13 - Zestawy przyłóżkowe przykręcane cenę w wysokości 790,40 zł brutto (642,60 zł netto) oraz w zakresie pozycji 15 - Zestawy IO przykręcane cenę w wysokości 1 168,62 zł brutto (950,10 zł netto) (...)”. Odpowiedź na powyższe wezwanie, zawierającą wyjaśnienia kalkulacji ceny wraz z załącznikami, przystępujący przedłożył zamawiającemu w ramach pisma z dnia 12 czerwca 2024 r.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zawarte w odwołaniu uzasadnienie rozpoznawanego zarzutu jest bardzo lapidarne i dopiero w dodatkowym stanowisku procesowym odwołujący zdecydował się na podanie szczegółowych okoliczności faktycznych, które miałyby uzasadniać zarzut, co jest działaniem nieprawidłowym i spóźnionym. W ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu zawarto szerokie odniesienie się do orzeczeń dotyczących próby zdefiniowania „istotnej części składowej” i argumentację, że za takową należy potrącać panele przyłóżkowe, których cena zdaniem odwołującego została przez przystępującego zaniżona, w szczególności w korelacji z ofertą Kendromed i ofertą odwołującego, co obrazują podane różnice w cenach za ten element (realna, rynkowa cena w opinii odwołującego wynosi 4.000,00 zł netto za sztukę).

Jednakże wszystkie te okoliczności były zamawiającemu znane i spowodowały, że w dniu 11 czerwca 2024 r. wystosowano do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający zauważył, że w tym zakresie cena przystępującego jest niższa od cen innych wykonawców i wezwał go do wyjaśnienia istotnego składnika cenowego w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, zaś do ich treści odwołujący w żaden sposób nie odniósł się w odwołaniu. Dopiero w dodatkowym piśmie procesowym z dnia 19 lipca 2024 r. odwołujący przedstawił ocenę przedmiotowych wyjaśnień (str. 8 i nast.), kiedy odwołanie zostało skonstruowane tak, jakby zamawiający w toku badania i oceny ofert nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

Wypada zatem przypomnieć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Ustawodawca zobligował odwołującego, aby w terminie na wniesienie odwołania wskazał czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca niezgodność z ustawą, zwięźle przedstawił zarzuty, określił żądanie i wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Określone w odwołaniu zarzuty ustanawiają bowiem granice rozpoznania sprawy przez Izbę, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 555 p.z.p.).

Spotykany w praktyce problemem, tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, jest usiłowanie podnoszenia po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nowych okoliczności faktycznych, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej, albo próba konwalidowania braków odwołania w zakresie wskazania podstawy faktycznej poprzez wykorzystanie możliwości złożenia dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. W ramach tego środka zaskarżenia jest to szczególnie jaskrawe, ponieważ samo odwołanie pomija wezwanie do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny i treść udzielonej przez przystępującego odpowiedzi, a odwołujący poprzez złożenie dodatkowego stanowiska procesowego i wniosków dowodowych usiłował uzupełnić podstawowe braki odwołania. Takie zachowanie strony zostało jednoznacznie negatywnie ocenione przez orzecznictwo i doktrynę, gdzie wskazuje się, iż granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na jednoznacznej i precyzyjnej podstawie faktycznej, poza treścią środka zaskarżenia odwołujący nie ma możliwości uzupełniania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle art. 555 p.z.p., brane przez Krajową Izbę

Odwoławczą pod uwagę (tak Izba np. w wyrokach z 27.01.2020 r. sygn. akt: KIO 31/20, z 13.03.2020 r. sygn. akt: KIO 431/20, z 11.02.2021 r. sygn. akt: KIO 182/21).

Pogląd ten jest aprobowany przez sądownictwo powszechne. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie „Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. (...) Należało mieć jeszcze na uwadze samą konstrukcję zarzutu. Mianowicie zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania, czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą mogły być przedmiotem rozpoznania.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18, por. także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25.05.2012 r. sygn. akt: XII Ga 92/12, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21).

Analogicznie wskazuje się w doktrynie: „Przedstawienie zarzutów oznacza wskazanie, jakich naruszeń prawa dopuścił się zamawiający podczas wykonywania skarżonej czynności, lub wskazanie, jakiej czynności zamawiający zaniechał, mimo że był z mocy prawa zobowiązany do jej wykonania. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania, czyli powołanie naruszonych przepisów, ile wyczerpujące wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.” (A. Banaszewska, 16.3.3.3. Wymogi formalne odwołania [w:] Zamówienia publiczne, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, LEX). Ponadto, „Zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego też konieczne jest jasne i precyzyjne, a przy tym związane postawienie zarzutów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że o prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów PZP), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów PZP.” (M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 516, Warszawa 2021, Legalis).

Orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono w ustawie p.z.p. przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich relewantnych okoliczności w odwołaniu. Natomiast odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak podania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego powinien korzystać przede wszystkim we własnym interesie. Aby Izba mogła ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem w ustawie p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego – zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy wykonawca, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 516 ust. 1 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odwołania w ustawowym terminie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia okoliczności faktycznych środka zaskarżenia, taka instytucja jest nieznaną ustawie p.z.p. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi fakty, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to są one spóźnione i nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę.

Izba dalej zwraca uwagę, że o ile na podstawie art. 535 p.z.p. odwołujący może przedstawić dowody aż do zamknięcia rozprawy, to okoliczności, z których chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, winien uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na brzmienie p.z.p. Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy p.z.p. i należy rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności obowiązkiem odwołującego jest bowiem wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione – właściwego wskazania przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania. Stąd zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że „Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji też i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w

odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby *de facto* przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania." (vide wyrok Izby z dnia 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 1384/19).

Zatem krótko odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego wraz z dodatkowym stanowiskiem procesowym, tj. ofert: Awamed Medizintechnik Arkadiusz Warzyński w Mierzynie, INMED S.A. w Krępicach, Multimed Sp z o.o. w Łodzi, Kendromed Sp. z o.o. we Wrocławiu i FORMED Sp. z o.o. Sp. k. w Żywcu, stanowiących załączniki nr 4-8 do pismennego stanowiska odwołującego z dnia 19 lipca 2024 r., wynika z nich, że odwołujący nie jest w stanie zakupić urządzeń za ceny dostępne przystępującemu. Przyjmując, że oferty te dotyczą cen rynkowych, wynika z nich, że należy mieć szczególne relacje handlowe, aby pozyskać przedmiotowe urządzenia w cenach niższych od cen standardowo oferowanych na rynku; to samo wynika z ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – standardowe ceny są wyższe, niż ceny podane w kosztorysie ofertowym przystępującego, dlatego też zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust.1 p.z.p., wezwał przystępującego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji omawianego składnika cenowego.

Skład orzekający także zauważa, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa „okoliczność, że cena zaofferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaofferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaofferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaofferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena "rażąco niska" to taka, która została zaofferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaofferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaofferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaofferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame”. (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10).

Na cenę oferty ma wpływ szereg okoliczności i czynników indywidualnie dostępnych dla danego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaofferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego – do których odwołujący w ogóle się nie odniósł w odwołaniu – gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych, co poparto kosztorysem i dowodami w postaci ofert obrazujących, że przystępujący posiada relacje handlowe pozwalające mu na oferowanie pozycji cenowych, o które pytał zamawiający, dużo taniej niż konkurencja. Fakt, że odwołujący nie posiada takich relacji handlowych nie oznacza, że cena oferty przystępującego została zaniżona. Dodatkowo powyższe obrazuje oferta Awamed, gdzie podmiot ten standardowo na rynku oferuje swoje urządzenia drożej (tak oferta Awamed dla odwołującego, załącznik nr 4 do pisma procesowego odwołującego z dnia 19.07.2024 r.), zaś przystępującemu, z którym wiążą go stałe relacje handlowe, Awamed sprzedaje je znacznie taniej (dowód załączony do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego z dnia 12.06.2024 r.).

Należy zgodzić się także z przystępującym, że odwołujący skupił się na cenie paneli medycznych i pominął, że pozycje w kosztorysie, które wyjaśniano zawierają również inne koszty i nie wykazano, aby ich całościowa wycena była zaniżona. Odwołujący skupił się na cenie paneli, uzasadniając to w dodatkowym stanowisku procesowym kosztorysowym charakterem wynagrodzenia, jednakże nie ma tutaj żadnego automatyzmu – nie wystarczy wskazać, że jeden ze składników któregoś z kosztorysów składanych z ofertą mógłby być zaniżony, ponieważ wyeliminowanie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. nie następuje automatycznie. Nawet, gdy strony rozliczają się na podstawie kosztorysu, podstawą do odrzucenia oferty jest stwierdzenie, że całościowa cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia (a nie za jeden ze składników cenowych) jest rażąco niska, czego w rozpoznawanej sprawie zabrakło.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że zarzut nr 3 z *petitum* odwołania jest bezzasadny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto, Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego również złożone przez zamawiającego: fakturę VAT od NUR-MED Stanisław Piechowiak w Tarnowskich Górach i dwie oferty Kendromed Sp. z o.o. we Wrocławiu wraz z wyciągiem ze strony internetowej, dowody te okazały się nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast złożony przez odwołującego rysunek instalacji gazów medycznych został *ex lege* zaliczony na poczet materiału procesowego (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika (zgodnie z limitem wynikającym z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia) i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, które zostały zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego na podstawie przedłożonej do akt faktury VAT w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....