Sygn. akt:KIO 1644/14

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez **Odwołującego** – **ERBUD S.A., ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja** Śniadeckiego, **ul. M. Skłodowskiej-Curie 26, 15-950 Białystok,**

przy udziale:
A. PPHU RODEX Sp. z o.o., Kolonia Koplany 11B, 16-061 Juchnowiec Kościelny;
B. FADBET S.A., ul. 42. Pułku Piechoty 46, 15-181 Białystok;
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1.uwzględnia **odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, −
unieważnienie czynności badania i oceny ofert, −
wykluczenie z postępowania wykonawcy ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielska 14a −
lok 3, 00-466 Warszawa, i odrzucenie jego oferty,
zwrócenie się do wykonawcy PPHU RODEX Sp. z o.o. – w trybie art. 90 ust. 1 −
ustawy Prawo zamówień publicznych – do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem konsekwencji −
wynikających z nakazanych czynności;

---

2. kosztami postępowania obciążaZamawiającego, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zamawiającegona** rzecz **Odwołującegokwotę23** 600 zł 00 gr(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.)na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt:KIO 1644/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w

trybie przetargu nieograniczonego na robotę budowlaną: *„Przebudowa i rozbudowa budynku nr 7 i 8 – przeniesienie Oddziałów Ginekologiczno-Położniczych”,* znak: DA-ZP-252-42/14.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 097-168703 z dnia 21 maja 2014 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 sierpnia 2014 r., Odwołujący – ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Rodex" Sp. z o.o. (dalej „Rodex") jako najkorzystniejszej oferty;
b) czynności badania i oceny ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB- BUD A. Z. (dalej „ZAB-BUD"), wykonawcę FADBET S.A. (dalej „FADBET");
c) zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę FADBET, pomimo że zawierają błędy w obliczeniu ceny;
d) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD za odrzuconą;
e) od zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawców Rodex oraz ZAB-BUD o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz od zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex oraz wykonawcę ZAB-BUD, pomimo że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
f) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

---

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt6 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę FADBET, pomimo że zawierają błędy w obliczeniu ceny;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD za odrzuconą, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawców Rodex oraz ZAB-BUD o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB- BUD, pomimo że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym ofert złożonych przez wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB-BUD, wykonawcę FADBET;
3. dokonanie czynności zwrócenia się do wykonawców Rodex oraz ZAB-BUD o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

4. dokonanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB-BUD, wykonawcę FADBET z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu;
5. dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i uznania jego oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD za odrzuconą;
6. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po odrzuceniu ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB-BUD, wykonawcę FADBET oraz po wykluczeniu wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD za odrzuconą oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą z najniższą ceną (cena jest jedynym kryterium oceny ofert).

Odwołujący podniósł ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podkreślono, że Odwołujący w dniu 01 sierpnia 2014 r. otrzymał od Zamawiającego faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którym jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Rodex, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu ofert, tj. za ofertami: wykonawcy Rodex, wykonawcy ZAB-BUD, wykonawcy FADBET.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę FADBET, pomimo że zawierają błędy w obliczeniu ceny, Odwołujący wskazał, iż:

Z Tabeli Elementów Scalonych (Część A, pkt IV) zamieszczonych w ofertach wykonawcy Rodex oraz wykonawcy FADBET wynika, że ww. wykonawcy zastosowali stawkę podatku VAT 8% do dostarczanych wraz z robotą budowlaną instalacji gazów medycznych oraz wyposażenia medycznego. Tymczasem, w świetle obowiązujących przepisów, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oferty z podstawową i jednolitą stawką

podatku VAT, tj. 23%.Oprócz Odwołującego również inni wykonawcy, np. wykonawca ZAB-BUD zaoferowali jednolitą stawkę podatku VAT wynoszącą 23% dla całego zamówienia. Mając na uwadze główne zasady udzielania zamówienia publicznego, tj. iż Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców, Zamawiający - dokonując ponownego badania i oceny ofert - winien jest odrzucić nie tylko oferty wykonawcy Rodex oraz wykonawcy FADBET, którzy złożyli oferty z błędem w obliczeniu ceny.

Wprawdzie w treści SIWZ Zamawiający nie określa, jaką stawkę podatku VAT wykonawcy byli zobowiązani przyjąć przy obliczaniu ceny ofertowej,jak również w toku udzielanych pytań i odpowiedzi do treści SIWZ należna stawka podatku VAT nie była przedmiotem wyjaśnienia SIWZ, tojednak należy uznać, iż wykonawcy przy obliczeniu ceny

ofertowej zobowiązani byli samodzielnie ustalić, jaką stawkę podatku VAT należy przyjąć do obliczenia ceny oferty brutto.

Podstawą prawną dla wskazania stawki podatku VAT 23% za całość zamówienia jest art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm. - dalej: „ustawa o VAT")w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT oraz art. 29 ust. 1 ustawy o VAT. Artykuł 29 reguluje kolejny fundament konstrukcji podatku, jakim jest podstawa opodatkowania. Podstawa opodatkowania jest to wartościowe lub ilościowe ujęcie przedmiotu podatku. W przypadku ustawy o VAT podstawa opodatkowania w odniesieniu do czynności odpłatnych to, co do zasady, kwota należna z tytułu dostawy towarów i świadczenia usług. Zgodnie z art. 29 ust. 1, zasadą generalną jest, iż podstawą opodatkowania jest obrót. Obrotem zaś, zgodnie z tym przepisem, jest kwota należna z tytułu sprzedaży pomniejszona o kwotę należnego podatku. W tej konstrukcji ustawodawca odnosi się przede wszystkim do przedmiotu opodatkowania ("sprzedaż" jest rozumiana, zgodnie z definicją z art. 2 pkt 22 ustawy o VAT, jako odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju, eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów). Przewiduje też, iż podstawą opodatkowania jest kwota należna, a nie kwota faktycznie zapłacona. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej.

Możliwość zastosowania jednej stawki podatku VAT oznacza, że w przypadku transakcji obejmującej wiele elementów konieczne jest ustalenie, czy transakcję taką należy uważać za jedno świadczenie, podlegające jednemu traktowaniu podatkowemu, czy też za dwa lub więcej odrębnych świadczeń, które mogą być traktowane odmiennie.

Podstawą faktyczną dla wskazania stawki podatku VAT 23% jest ustalenie, że w niniejszym Postępowaniu mamy do czynienia z jednym świadczeniem, gdyż instalacji gazów medycznych nie tylko nie można wykonać bez uprzedniego wykonania robót budowlanych, ale nie może też funkcjonować samoistnie bez wykonania innych robót specjalistycznych.Wynika to z faktu, że instalacja gazów medycznych jest jedną z wielu

instalacji integralnie związanej z przedmiotem zamówienia. Do jej montażu należy przede wszystkim uprzednio stworzyć materialny "substrat", czyli przegrody budowlane (ściany i stropy), a do jej uruchomienia potrzebne jest wykonanie robót innych branż (np. instalacji elektrycznejsilnoprądowej do zasilania i teletechnicznej do sygnalizacji). Przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie instalacji gazów medycznych z towarzyszącymi jej robotami budowlanymi, ale wykonanie kompleksowych robót budowlanych, w którym jednym z elementów jest rzeczona już instalacja. Podobnie sprawa ma się z wyposażeniem w sprzęt medyczny. Żądane w ofercie wyposażenie wymaga specjalistycznego montażu w ściśle określonym miejscu, nie da się go po prostu "przywieźć i ustawić", gdyż wyposażenie to działa w powiązaniu z innymi instalacjami, które trzeba równocześnie lub wyprzedzająco wykonać. Ponadto, w znacznej mierze wymaga konstrukcji wsporczych bądź mocujących do przegród lub podłoża. W takim kontekście nie można więc mówić o sprzęcie mogącym być użytkowanym w dowolnym miejscu bez uprzedniego wykonania przygotowawczych robót budowlanych.

W konsekwencjiwszystkie te roboty i dostawy pozostają ze sobą nierozerwalnie związane, zarówno w aspekcie ekonomicznym (jako przedmiot jednego, wspólnego zamówienia) jak i w aspekcie osiągnięcia globalnego celu zamówienia - wykonania obiektu szpitala, mogącego wypełniać zadania, dla którego podjęto rzeczone przedsięwzięcie.Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający chce osiągnąć skutek w postaci kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonanie instalacji gazów medycznych bądź zamontowania sprzętu medycznego wyszczególnionego w specyfikacji nie stanowi dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz jest koniecznym środkiem do zrealizowania całości zamówienia. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że samo przeznaczenie Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego i jego użytkowanie bez instalacji gazów medycznych nie jest możliwe, jak w żadnym innym szpitalu. Trudno więc w tym przypadku rzeczoną instalację postrzegać jako "luźno" powiązaną z całym przedmiotem zamówienia. Przeciwnie, całe zamówienie należy uznać jako świadczenie kompleksowe.

Powyższa klasyfikacja gazów medycznych oraz wyposażenia medycznego jest oparta również o definicję "towaru", zawartą w art. 2 pkt 6 ustawy o VAT.W przepisie tym ustawodawca wskazał, że przez "towar" rozumie się *„rzeczy oraz ich części, a także wszelkie postacie energii".* Towarami są rzeczy ruchome. W doktrynie prawa cywilnego

przyjmuje się, że przedmioty materialne są rzeczami ruchomymi tylko wówczas, gdy są wyodrębnione. W analizowanym przypadku instalacja gazów medycznych i wyposażenia medycznego nie może być uznane za rzecz ruchomą, gdyż jest ona częścią składową budynku. Towarami są oczywiście także budynki, budowie oraz ich części. Należy jednak zauważyć, że część budynku może zostać uznana za towar wyłącznie wówczas, gdy ta część jest wydzielona fizycznie z budynku bądź budowli. W sytuacji, gdy takie wydzielenie

nie jest możliwe, „CZĘŚĆ " budynku nie może zostać uznana za towar w rozumieniu przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

Z uwagi na dychotomiczny podział przedmiotu opodatkowania podatkiem VAT - tj. odpłatne dostawa towarów albo świadczenie usług - oraz z uwagi na fakt, że w przedmiotowym stanie faktycznym dostawa gazów medycznych **i** wyposażenia medycznego nie może być uznana za dostawę towarów, to przedmiotowe zamówienie należy sklasyfikować jako świadczenie usług. Skoro zaś wykonanie instalacji gazów medycznych i wyposażenia medycznego odbywa się w procesie świadczenia usługi budowlanej, polegającej na budowie szpitala, a więc jako część składowa robót budowlanych, dla jej opodatkowania właściwą będzie stawka podstawowa 23%.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, że roboty budowlane stanowią największy, dominujący udział w przedmiocie zamówienia, co wprost wynika ze złożonych ofert wraz z kosztorysami ofertowymi, będącymi załącznikami do nich. Zarówno bowiem instalacja gazów medycznych jak i dostawa oraz montaż sprzętu medycznego (wyposażenia medycznego) stanowią niewielki koszt robot w relacji do wyceny całości zamówienia. W przypadku oferty Wykonawcy Fadbet S.A. łączny koszt pozycji, dla których Wykonawca przyjął stawkę 8 proc. stanowi 3,01 % wartości brutto jego oferty, natomiast w przypadku Wykonawcy RODEX jest to 5,48 % wartości brutto oferty tego Wykonawcy. Podobne wielkości można wyliczyć z ofert pozostałych wykonawców. Brak więc jest w istocie zarówno w werbalnym opisie przedmiotu zamówienia, jak i w opisie wyrażonym za pomocą kodu CPV przesłanek dających podstawę do wyodrębnienia robót związanych z instalacją gazów medycznych oraz dostawą sprzętu medycznego jako wydzielonej części zamówienia. Chociaż kody CPV - mające charakter obligatoryjny w opisie przedmiotu zamówienia - nie stanowią elementu decydującego i przesądzającego o kwalifikacji podatkowej przedmiotu zamówienia, *„(...) to zastosowanie danego kodu może stanowić dla wykonawcy wespół z innymi elementami opisu przedmiotu zamówienia źródło informacji użytecznej dla zastosowania właściwej stawki podatku"* (patrz wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 270/12). Jednak, również w części A. INFORMACJE PODSTAWOWE, pkt. 4 SIWZ Zamawiający nie wyodrębnił robót związanych z instalacją gazów medycznych oraz dostawą sprzętu medycznego jako wydzielonej części zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że opodatkowanie gazów medycznych dostarczanych wraz z robotą budowlaną było przedmiotem wielu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, która jednoznacznie wskazuje, że zastosowanie w takiej sytuacji stawki 8% stanowi o popełnieniu błędu w obliczaniu ceny. Dla przykładu, Odwołujący powołał kilka orzeczeń, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza, Naczelny Sąd Administracyjny, Sądy Okręgowe, a także Europejski Trybunału Sprawiedliwości orzekały w analogicznych stanach faktyczno-prawnych, potwierdzając, iż właściwą stawką jest stawka przyjęta przez Odwołującego (wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z 17.01.2013r., sygn. akt KIO 3/2013; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20.11.2008 r., sygn. akt I FSK 1512/07; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 09.06.2006 r., sygn. akt II Ca 642/06;tezy wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 01.06.2011 r., sygn. akt I FSK 869/10, z dnia 28.06.2011 r., sygn. akt I FSK 958/10 oraz z dnia 16.12.2011 r., sygn. akt I FSK 401/11).

Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy z dn. 5 czerwca 2009r. sygn. Akt VI Ga 28/09, VI Ga 30/09, zapadły wskutek skargi ERBUD S.A. w Warszawie i Inżynierii Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie na działania Zamawiającego - Szpitala Wojewódzkiego Nr 2 w Rzeszowie.Odwołujący podkreślił, że w w/w postępowaniu przedmiotem zamówienia była instalacja gazów medycznych, a także dostawa i montaż innych wyrobów medycznych.

Odwołujący w zakończeniu zaznaczył także, że brak pytań i żądania wyjaśnień ze

strony Zamawiającego o przyczyny i podstawy prawne zastosowania preferencyjnych (niższych) 8% stawek podatku VAT w kwestionowanych ofertach stanowi błąd i zaniechanie Zamawiającego, które obciąża go jako organizatora przetargu publicznego.

Odwołujący podkreślił również okoliczność, że stawka VAT 8% jest stawką preferencyjną, mającą zastosowanie wyłącznie we wskazanych w ustawie o VAT przypadkach. I tak, wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką 8% zawiera Załącznik nr 3 do ustawy o VAT. Również art. 41 ust. 12 - 12c ustawy o VAT wskazuje, w jakich przypadkach należy stosować preferencyjną stawkę 8%. Załącznik nr 3 do ustawy o VAT milczy w zakresie możliwości objęcia preferencyjną stawką podatku VAT usługę polegającą na budowie szpitala / zakładu opieki zdrowotnej. Zgodnie zaś z art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, 8% stawkę podatku stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowaniaz opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, z zastrzeżeniem ust. 12b (art. 41 ust. 12a ustawy o VAT). Na podstawie art. 41 ust. 12b ustawy o VAT, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: (1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m2, (2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m2. W przypadku budownictwa mieszkaniowego o powierzchni przekraczającej limity określone w ust. 12b stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje

---

się tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej (art. 41 ust. 12c ustawy o VAT).

Z powyżej przytoczonych przepisów wynika, że preferencyjna stawka podatku VAT 8% nie może być zastosowana do realizacji przedmiotu zamówienia lub jego części.Przedmiot zamówienia nie został bowiem wymieniony w Załączniku nr 3 do SIWZ ani nie został objęty dyspozycją normy zawartej w art. 41 ust. 12 - 12c ustawy o VAT. Budynki nr 7 i 8 Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego choć będą budynkami instytucji ochrony zdrowia, to jednak placówka ta nie świadczy usług zakwaterowaniaz opieką lekarską i pielęgniarską, a tym bardziej usług zakwaterowania dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Jako usługę budowlaną wykonywaną w budynkach sklasyfikowanych pod symbolem PKOB 1264, opodatkowaną preferencyjną stawką VAT 8% będzie więc np. budowa sanatorium, gdyż sanatorium jest budynkiem instytucji ochrony zdrowia, gdzie świadczone są *sensu stricto* usługi zakwaterowania (realizacja celu mieszkaniowego) wraz z opieką lekarską i pielęgniarską, a dodatkowo w sanatorium przebywają zwłaszcza osoby starsze i niepełnosprawne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że dla zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców konieczne jest przeprowadzenie oceny ofert w oparciu o takie same wytyczne. Należy zatem odwołać się do uzasadnienia zawartego w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r,, sygn. akt IIICZP 52/11 i III CZP 53/11, w których Sąd Najwyższy wskazuje na konieczność zapewnienia porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny, co wymaga, aby ceny były obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Wprowadzenie obowiązku odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny stanowi o woli ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert,z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może zatem dokonać oceny ofert złożonych w Postępowaniu, skalkulowanych z uwzględnieniem różnych stawek VAT, gdyż stałoby to w sprzeczności z założeniem ustawodawcy prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie odrzucenie oferty Odwołującego tak samo jak nie odrzucenie oferty wykonawcy ZAB-BUD oraz innych ofert ze stawką VAT 23%, tj. przyjęcie iż ww, wykonawcy prawidłowo przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT 23% dla całego zamówienia, nie może być dokonane w oderwaniu od pozostałych ofert poddawanych ocenie Zamawiającego. Skoro bowiem w

ofercie Odwołującego, ofercie wykonawcy ZAB-BUD oraz innych ofertach z jednolitą stawką podatku VAT nie popełniono błędu w obliczeniu ceny, to nie jest możliwe przyjęcie, iż wykonawcy, którzy przyjęli stawkę podatku VAT w wysokości 8% i 23% również błędu nie

popełnili. Dopiero porównanie ofert zawierających ceny obliczone zgodnie z obowiązującą stawką podatku VAT ustanowi prawidłowy wynik Postępowania.

Odwołujący podniósł przy tym, że dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie zaoferowanej stawki podatku VAT, jest obowiązkiem Zamawiającego. Odwołując się do orzecznictwa Sądu Najwyższego wskazano, że wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wprost stanowi, że zaniechanie zbadania prawidłowości zaoferowanej stawki podatku VAT przy ocenie oferty stanowi naruszenie art. 18 ustawy Pzp, nakładającego na Zamawiającego obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z zachowaniem zarazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 7 ust, 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił ponadto, że Zamawiający nie może potraktować błędów w ofertach konkurencyjnych, wskazujących na zastosowanie dwóch stawek podatku VAT, jako omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W niniejszym przypadku brak jest bowiem ustawowych przesłanek stanowiących o wystąpieniu omyłki. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może bowiem dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności.

Mając na uwadze powyższe, tj. okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie o charakterze kompleksowym, na które składa się czynność podstawowa, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, spełnione zostały przesłanki z art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy o VAT,a zatem Odwołujący słusznie objął całe zamówienie jednolitą stawką podatku VAT23%. Jest to jedyna słuszna stawka podatku VAT w niniejszym postępowaniu, a zatem oferty wszystkich wykonawców, którzy przyjęli wofercie dwie stawki podatku VAT - 8% i 23% - winny zostać odrzucone z uwagi nawystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art, 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD za odrzuconą, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, że:

Zamawiający wskazał w SIWZ (część B, pkt 1, lit. d), że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz

że: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca złoży oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykaże,* że:
- *posiada* środki *finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 12 000 000,00 zł,*
- *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalnościzwiązanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejsza niż 12 000 000.00 złotych.*

Zamawiający wskazał ponadto w części C, pkt II, ppkt 10.1, lit. f SIWZ, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu do oferty musi być dołączona: *„f) Opłacona polisa, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego,* że *wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12 000 000,00 zł. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże,* że *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności*

związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12 000 000,00 złotych".

Zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2014 r. wezwał wykonawcę ZAB-BUD do uzupełnieniaofertyo ww. dokument, tj. opłaconą polisę. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający słusznie wskazał, że: Wykonawca złożył: na stronie 20 oferty - Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 364-13-430- 05900406; na stronie 21 oferty - Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 364-12-430-05892368; na stronie 22 oferty - potwierdzenie wysłania polecenia przelewu data 2011-10-25 szczegóły płatności: Faktura nr 7103/011 *i* Polisy Nr 364-11-430-05884533-OC w związku z posiadanym mieniem i prowadzoną działalnością.

Innymi słowy do oferty wykonawcy ZAB-BUD nie załączono żadnej kompletnej polisy, tylko części dwóch różnych polis (starych - nieaktualnych), a ponadto nie załączono właściwego dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej. Wezwanie do uzupełnianie było zatem w pełni uzasadnione i konieczne, gdyż z przedłożonych dokumentów w żadnym wypadku nie wynikało spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca ZAB-BUD załączył do swojego pisma:

a) pierwszą stronę polisy Nr 364-13-430-05900406,
b) drugą stronę polisy Nr 364-12-430-05892368,
c) dowód opłacenia polisy Nr 364-13-430-05900406.

Odwołujący podkreślił, że dokumenty wskazane powyżej pod a) i b) to częściowo te same dokumenty, które wykonawca ZAB-BUD załączył do swojej oferty na str. 20 i 21, a które Zamawiający zasadnie uznał za niewystarczające. Nowym dokumentem przedstawionym przez wykonawcę ZAB-BUD jest dowód opłacenia polisy Nr 364-13-430-

05900406, ale uzupełnienie wyłącznie tego dokumentu nie sposób uznać za wystarczające. Zamawiający zasadnie wytknął wykonawcy ZAB-BUD, że nie załączył on do swojej oferty wymaganej polisy, gdyż nie sposób uznać, iż wymóg jej załączenia spełnia załączenie jedynie pierwszej strony polisy Nr 364-13-430-05900406 i jedynie drugiej stronę polisy Nr 364-12-430-05892368, czyli fragmentów dwóch różnych polis. Zamawiający, za obowiązującymi przepisami, jasno i wyraźnie żądał w SIWZ polisy, a nie jej części, tymczasem wykonawca ZAB- BUD zarówno w ofercie jak i odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia przestawił jedynie części (fragmenty) dwóch różnych polis, nie przedstawił natomiast żadnej kompletnej polisy. Tym samym uznać trzeba, że wykonawca ZAB-BUD nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i podlega z tego powodu wykluczeniu a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący podniósł w tym miejscu, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista - to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący podkreślił przy tym, że nie ma znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że wykonawca ZAB-BUD nie wykazał spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w wymagany przez Zamawiającego sposób, tj. poprzez przedstawienie opłaconej polisy. Brak drugiej strony polisy Nr 364-13-430-05900406 (na tą polisę wykonawca ZAB-BUD wskazał w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) całkowicie dyskwalifikuje ten dokument i przesądza o tym, że wykonawca ZAB-BUD winien zostać wykluczony z postępowania. Wskazać również należy, że brak tej strony polisy potwierdza sam Zamawiający w piśmie z dnia 11.08.2014 r. Numer pisma: DA-ZP-252-42-15/14.

Odwołujący argumentował jednocześnie, że nie jest możliwe wezwanie wykonawcy ZAB-BUD po raz kolejny do uzupełnienia opłaconej polisy, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz Sądów Okręgowych wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter jednokrotny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania

procedury wyjaśnień 'rażąco niskiej ceny' oraz zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB-BUD, pomimo że zawierają rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazał, że:

Z danych dotyczących cen ofert, podanych bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert wynika wprost, iż ceny ofert Rodex oraz ZAB-BUD w sposób znaczący odbiegają nie tylko od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich oraz od budżetu Zamawiającego, ale również cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący powołał się na poglądy Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów, a także na literaturę przedmiotu w tym zakresie, wskazując, że zażądanie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawyPzp, uzasadnione jest gdy:

1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę,
2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Wystarczające jest przy tym, że wystąpi którakolwiek z przesłanek powodująca powstanie wątpliwości, aby powyższy przepis stał się dla Zamawiającego nakazem.

Pomimo istnienia pomiędzy ww. ofertami istotnych różnic cenowych, Zamawiający nie wezwał żadnego z ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zastosowania tych cen w ofercie. Bez tych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana za „rażąco niską". Istniejące różnice powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych.

Odwołujący przytoczył obszernie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej związane z pojęciem „ceny rażąco niskiej", jak również przedstawił tabelaryczne porównanie cen ww. ofert z budżetem Zamawiającego.

Ponadto, wskazano, że zgodnie z posiadaną przez Odwołującego wiedzą oraz know-how, wynikającymi z przeszło 10-letniego doświadczenia w realizacji inwestycji i wykonania ponad 40 obiektów dla sektora opieki zdrowotnej, ceny zaoferowane przez wykonawcę Rodex, wykonawcę ZAB-BUD istotnie odbiegają od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia i noszą znamiona cen rażąco niskich. Wykonawcy Rodex, ZAB-BUD kalkulując ceny swoich ofert nie uwzględnili w nich wielu elementów kosztotwórczych, w tym m.in. zysku oraz kosztów ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Tym samym nie ma wątpliwości, że ceny zaoferowane przez wykonawców Rodex oraz ZAB-BUD nie zawierają realnych kosztów, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienie w oparciu o określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania.

Zawiadomienie o wniesionym odwołaniu Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 12 sierpnia 2014 r., za pomocą fax-u oraz wysłanie listem poleconym priorytetowym.

W dniu 14 sierpnia 2014 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły przystąpienia wykonawcy FADBET S.A. oraz PPUH RODEX Sp. z o.o., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku podniósł, że zarzuty Odwołującego w stosunku do jego oferty są niezasadne. Wskazano, że wbrew twierdzeniom Odwołującego oferta FADBET S.A. nie zwiera błędów w obliczeniu ceny. Zastosowanie przy wycenie instalacji gazów medycznych oraz wyposażenia medycznego 8% stawki podatku VAT było zgodne z treścią SIWZ. Pismem z dnia 13 czerwca 2014 r., nr. DA-ZP-252-42-2/14 skierowanym do wszystkich wykonawców Zamawiający udzielił wyjaśnień do SIWZ oraz dokonał zmiany zapisów treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 116 Zamawiający potwierdził, iż dopuszcza zastosowanie zróżnicowanych stawek VAT-u, w tym obniżenie stawki na gazy medyczne i aparaturę medyczną. Zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT do 8% wynikało wprost z SIWZ, zatem nie może stanowić podstawy do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zastosowali się do dyspozycji Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca PPUH Rodex Sp. z o.o., podniósł, że chybiony jest zarzut Odwołującego, iż obliczenie ceny ofertowej dokonane przez wykonawcę obarczone jest błędem, skutkującym odrzuceniem jego oferty. Obliczenie ceny ofertowej zostało bowiem dokonane zgodnie z warunkami przedmiotowego postępowania i obowiązującymi przepisami, w tym zwłaszcza: art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz Załącznika Nr 3 poz. 105 do ustawy, przepisem art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych oraz przepisami rozdziału 1a „Interpretacje przepisów prawa podatkowego" art. 14b ustawy z dnia 29 czerwca 1997 r. – Ordynacja podatkowa oraz rozporządzeniem Ministra Finansów z 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego oraz zgodnie do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi nr 116 na pytania wykonawców. Nieuzasadniony jest także zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej. Odwołujący winien udowodnić, iż cena Przystępującego jest ceną rażąco niską, a tego w odwołaniu nie zawarł. Wskazano przy tym, że ceny wszystkich 7 ofert były istotnie niższe od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a cena zaoferowana przez zgłaszającego przystąpienie jest niższa zaledwie o ok 12% od ceny Odwołującego.

Na posiedzeniu przed Izbą, wyznaczonym na dzień 26 sierpnia 2014 r., strony nie

zgłosiły wniosków formalnych, ani opozycji wobec zgłoszonych przystąpień.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników.

W toku posiedzenia Zamawiający wniósł o odrzucenie dowołania w części dotyczącej zaniechania odrzucenia, na podstawie art. 89 ust 1 p 6 Pzp, oferty wykonawcy Rodex sp. z o.o. oraz wykonawcy FADBET S.A., z uwagi na błędną stawkę podatku VAT na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych. Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 189 ust. 2 punkt 3 Pzp., wskazując w uzasadnieniu, że informacja o wykonaniu instalacji jest zawarta w załączniku nr 8 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia część 2 punkt 12 „wykonanie instalacji gazów medycznych", a możliwość zastosowania zróżnicowanej stawki podatku VAT została wyrażona w odpowiedzi na zapytania w ramach wyjaśnień treści SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi nr 116 potwierdził uprawnienia wykonawców do zastosowania zróżnicowanych stawek VAT. Od powyższej czynności wykonawca mógł podnieść zarzuty dotyczące możliwości zastosowania zróżnicowanych stawek podatku VAT do dnia 23 czerwca 2014 r., a obecne podnoszenie tego zarzutu jest spóźnione. W zakresie przedmiotowego wniosku Odwołujący podniósł, że zarzuty odwołania nie dotyczą postanowień SIWZ ale czynności badania i oceny ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty, a także zaniechań zamawiającego co do prawidłowej oceny prawidłowości zaoferowanej ceny. Podkreślono jednocześnie, że w odpowiedzi nr 116 Zamawiający nie wskazał, jaka stawka podatku VAT ma być podana w ofercie i nie przesądził jaka stawka tego podatku i do jakich elementów ma być stosowana. Jednocześnie Odwołujący argumentował, że na Zamawiający zawsze ciąży obowiązek badania zastosowanej stawki podatku VAT w kontekście oceny, czy cena oferty została prawidłowo skalkulowana i czy nie zawiera ona błędów.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania w części dotyczącej ww. zarzutu.

Na posiedzeniu Przystępujący PPUHRodex Sp. z o.o. złożył pismo procesowe, w którym podniesiono m.in., że nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że w toku postępowania wskutek udzielonych pytań i odpowiedzi Zamawiającego należna stawka podatku VAT nie była przedmiotem wyjaśnień. Wskazano, że w okolicznościach niniejszej sprawy rozstrzygająca mogłaby być jedynie ocena zarzutu, iż wskazane urządzenia (ich dostawa i montaż), dla których wykonawca przyjął 8% stawkę podatku VAT, nie są wyrobami medycznymi w świetle przepisów art. 2 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, ale w związku z treścią art. 192 ust. 7 Pzp i faktem, iż Odwołujący takiego zarzutu nie podniósł, kwestia ta staje się bezprzedmiotowa.

Niezależnie od faktu zgody Zamawiającego na zastosowanie zróżnicowanych stawek VAT, w tym obniżonych stawek VAT na dostawę i montaż gazów medycznych i aparatury medycznej, Przystępujący wskazał, że stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie także z następujących powodów:

Obliczenie ceny w zakresie podatku VAT zostało oparte na art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług oraz Załącznika Nr 3 poz. 105 do tej ustawy oraz na art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych. Przystępujący kierował się także stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 13 czerwca 2014 r. Dla potwierdzenia prawidłowości obliczenia ceny Przystępujący wskazał na przykłady interpretacji podatkowych dotyczących prawidłowości zastosowania 8% stawki podatku VAT od wynagrodzenia za dostawę i montaż wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych w ramach robót ogólnobudowlanych w obiektach szpitalnych. Odwołano się także do stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego przedstawionego w wyrokach z dnia 1 czerwca 2011 r. sygn. akt I FSK 869/10 oraz z dnia 28 czerwca 2011 r., sygn. akt I FSK 958/10, potwierdzających, że dostawa wyrobu medycznego i roboty budowlane polegające na dostosowaniu pomieszczeń szpitala stanowią dwa odrębne świadczenia. Wskazano także na interpretację ogólną Ministra Finansów z dnia 30 marca 2012 r., nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279. Zakwestionowano twierdzenia Odwołującego o niewielkim procentowym udziale instalacja gazów medycznych w całości robót, a ponadto podniesiono, że przepisy prawa nie uzależniają zastosowania obniżonej stawki podatku VAT od wartościowego udziału świadczeń w odniesieniu do całości zamówienia. Powołano ponadto orzecznictwo TSUE, w tym orzeczenie C-349/96, jak również Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2012/13; KIO 203/13), oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (sygn. akt III SA/Wa 1619/12.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej Przystępujący podniósł m.in., że ceny wszystkich ofert były znacząco niższe od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a różnica procentowa pomiędzy najdroższą ofertą a ceną oferty Przystępującego wynosi zaledwie 16,6%. W tych okolicznościach nie można podzielić poglądu, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości, czy podejrzenie, w zakresie ceny oferty Przystępującego. Przywołano dane statystyczne ze Sprawozdania Prezesa UZP z 2013 r., jak również przywołano nowelizację ustawy Pzp uchwaloną przez Sejm RP w dniu 25 lipca 2014 r.

Na rozprawie strony oraz uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest robota budowlana: Przebudowa i rozbudowa budynku nr 7 i 8 – przeniesienie Oddziałów Ginekologiczno-Położniczych. Dostosowanie infrastruktury technicznej do potrzeb ww. Oddziałów (system rezerwowego zabezpieczenia Szpitala w wodę, przebudowa sieci zew., C.O., stacja energetyczna i inne). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wyszczególniony został w Załączniku nr 5, nr 6, nr 8, nr 9 do SIWZ oraz w dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Sekcja A pkt 4 SIWZ).

W załączniku nr 6 – Tabela elementów scalonych, Zamawiając wyodrębnił poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, a w ramach tych elementów wskazał ich szczegółowe nazwy. Zamawiający wyodrębnił m.in.: pozycje „IV Gazy medyczne", w tym: gazy medyczne – rurociągi, budowa i próby systemu rurociągowego, armatura wraz z sygnalizacją alarmową, badania i próby – instalacje, wyposażenie w armaturę medyczną, stacja sprężonego powietrza, stacja próżni medycznej; pozycję „II Gazy medyczne", w tym: stacja zgazowania i rozprężania tlenu, zasilanie w podtlenek azotu. Zamawiający wyodrębnił także m.in. pozycję „Elementy konstrukcyjne" (Część A i B Załącznika nr 6 do SIWZ, odpowiedź na pytanie nr 112 – pismo z dnia 13.06.2014 r., nr DA-ZP-252-42-2/14).

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, w zakresie rzeczowym, Zamawiający określił, że zakres rzeczowy roboty budowlanej obejmuje m.in. wykonanie instalacji gazów medycznych (m.in. instalacji tlenu, próżni, sprężonego powietrza – 0,5 Mpa, sprężonego

powietrza – 0,8 Mpa, instalacji zużytego powietrza, instalacji sprężonego powietrza technologicznego, instalacji podtlenku azotu, instalacji odciągów gazów, instalacji dwutlenku węgla). Zamawiający wskazał przy tym, że wykonawca uwzględni konieczność przystosowania pomieszczeń budynku nr 7, 8 do zainstalowania wyrobów medycznych (aparatury, urządzeń); wykonawca jest także zobowiązany za zaoferowaną cenę ryczałtową wykonać wszystkie roboty niezbędne, których nie przewidziano w dokumentacji projektowej, a których wykonanie stało się konieczne, jak również Zamawiający poinformował, że przedmiary robót są materiałami informacyjno-pomocniczymi i jeżeli występują rozbieżności w opisie przedmiotu zamówienia pomiędzy przedmiarami robót, a dokumentacją wykonawczą, to należy przyjąć jako wiążący opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji projektowej wykonawczej. Zamawiający, w ramach wymagań związanych z zainstalowaniem i uruchomieniem urządzeń zastrzegł także, że poprzez „urządzenie" rozumie się wszystkie wyroby medyczne i urządzenia techniczne, których zainstalowanie lub

umieszczenie znajduje się w zakresie wykonania zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do zainstalowania urządzeń zgodnie z wymaganiami określonymi w ich dokumentacji oraz do ich uruchomienia wraz z uzyskaniem dopuszczeni do eksploatacji od odpowiednich organów, jeżeli takie dopuszczenie jest wymagane na mocy przepisów prawa lub dokumentacji urządzeń. Zamawiający wskazał, że wraz z końcowym protokołem bezusterkowego odbioru robót wykonawca dostarczy m.in. dla wyrobów medycznych – dokumenty dopuszczające urządzenia, które są wyrobami medycznymi, do obrotu i używania w jednostkach służby zdrowia na terenie RP zgodnie z polskim prawem oraz prawem UE: certyfikat wydany przez jednostkę notyfikowaną potwierdzający spełnienie wymagań zasadniczych (certyfikat zezwalający na oznakowanie wyrobu znakiem CE), jeśli certyfikacja była prowadzona z udziałem jednostki notyfikującej (jeśli dotyczy); deklarację zgodności wyrobu medycznego z określonymi dla niego wymaganiami zasadniczymi wystawioną przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela(Załącznik nr 8, Część II lit. A pkt 12, część B, część V pkt 7 b).

Zamawiający przygotował odrębną dokumentację projektową oraz przedmiary robót dla instalacji gazów medycznych (Załącznik nr 9 pkt 11-14, dokumentacja projektowa oraz przedmiary robót).

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, przy czym Zamawiający określił, że uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada m.in. ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12.000.000,00 zł (Sekcja B pkt 1 lit. d) oraz Rozdział II pkt 10.1 lit. f) SIWZ).

W ramach sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że cena oferty brutto ma obejmować wszystkie koszty wykonania przedmiotowego zamówienia, w tym należny podatek od towarów i usług. Zamawiający opracował załącznik nr 6 do SIWZ – Tabela elementów scalonych, informując, że do ceny każdej pozycji tabeli należy dodać podatek VAT, następnie zsumować wartości netto, wartości podatku VAT oraz wartości brutto w poszczególnych częściach tabeli. Wartość oferty brutto należało wyznaczyć sumując wartości poszczególnych części Tabeli elementów scalonych i taką cenę należało wpisać do Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że jeżeli stwierdzi różnicę między sumą cen elementów scalonych i ceną za roboty budowlane wpisaną do formularza oferty, wówczas przyjmie jako prawidłową sumę cen za elementy scalone. Będzie to posunięcie niezbędne ze względu na sposób opłacania

należności za wykonane roboty. Zamawiający wskazał przy tym, że cena oferty brutto stanowi wynagrodzenie ryczałtowe (Sekcja C, pkt I SIWZ).

Jako kryterium wyboru ofert zamawiający przyjął cenę – waga 100%, wskazując, że jako najkorzystniejsza zostanie wybrana ofert z najniższą ceną oraz spełniająca wszystkie wymagania określone w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w SIWZ (Rozdział IX

SIWZ).

Termin wykonania zamówienia Zamawiający określił do dnia 30 września 2016 r.

Zgodnie z wzorem umowy Zamawiający zastrzegł, że do dnia 31 grudnia 2014 r. wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty budowlane o wartości brutto 12.767.000,00 zł. Zamawiający zastrzegł także, że cena wykonania przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy i zawiera w sobie stawkę podatku VAT (§ 5 pkt 2 i § 6 pkt 1 wzoru umowy – Załącznik nr 5 do SIWZ).

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 36.747.722,48 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 36.159.758,92 zł brutto (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 7 ofert.
Oferta nr 1 – wykonawcy Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim z ceną brutto: 32.216.159,48 zł.
Oferta nr 2 – wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto: 29.889.000,00 zł.
Oferta nr 3 – wykonawcy ZAB-BUD A. Z. w Warszawie z ceną oferty brutto: 26.311.024,25 zł.
Oferta nr 4 – wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną oferty brutto 30.755.573,06 zł.
Oferta nr 5 – wykonawcy PPHU Rodex Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonia Koplany z ceną oferty brutto: 26.207.738,58 zł.
Oferta nr 6 – konsorcjum firm: WPRB ANATEX w Białymstoku i ANATEX Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z ceną oferty brutto: 29.990.000,00 zł.
Oferta nr 7 – wykonawcy FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku z ceną oferty brutto 28.047.993,00 zł.
(Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących treści SIWZ, Zamawiający na pytanie nr 112, w którym wskazano na brak podziału na wartość robót netto, VAT i brutto, w Załączniku nr 6 do SIWZ – Część A – Robota budowlana, pkt I Elementy konstrukcyjne, wskazał, że wykonawca powinien dokonać podziału tabeli we własnym zakresie. W odpowiedzi na pytanie nr 116 – czy Inwestor dopuszcza zastosowanie zróżnicowanych stawek VAT-u w tym obniżenie stawki na gazy medyczne i aparaturę medyczną – Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Tak" (wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2014 r., nr pisma: DA-ZP-252-42-2/14).

W Załączniku nr 6 do oferty wykonawca PPUH Rodex Sp. z o.o. nie wypełnił pozycji „Elementy konstrukcyjne" – część A pkt I pkt 1 Tabeli elementów scalonych. Nie została wypełniona także pozycja „Zasilająca sieć kablowa NN" – część A pkt X pkt 2 Tabeli elementów scalonych. W pkt X wykonawca wypełnił jedynie pkt 1 – „Sieci elektryczne zewnętrzne" podając wartość robót brutto 706.129,47 zł.

Pismem z dnia 25 lipca 2014 r., Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę PPUH Rodex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień z uwagi na niewpisanie w części A pkt X pkt 2 - „Zasilająca sieć kablowa NN", wartości robót netto, podatku VAT i wartości robót brutto. W odpowiedzi z dnia 28 lipca 2014 r., wykonawca wskazał, że okoliczność ta wynika z tego, iż pozycja ta została wyceniona w poz. nr 1 – „Sieci elektryczne zewnętrzne" powyższego elementu. Decyzja ta wynika z tego, że zasilająca sieć kablowa jest również siecią elektryczną zewnętrzną, w związku z tym koszt ich realizacji został ujęty w jednej pozycji elementu nr X części A Tabeli elementów scalonych (pismo wykonawcy z dnia 28 lipca 2014 r.).

Pozycja „Elementy konstrukcyjne" w ofertach innych wykonawców została określona w wysokościach: 3.185,700,00 zł brutto (oferta ERBUD S.A.); 2.177.346,00 zł brutto (oferta FADBET S.A.); 2.035.851,82 zł brutto (oferta Budimex S.A.); 1.139.744,33 zł brutto (oferta

ZAB-BUD); 1.332.999,41 zł brutto (oferta konsorcjum ANATEX); 149.873,74 zł brutto (oferta Infra Sp. z o.o.).

Wykonawca ZAB-BUD A. Z. złożył wraz z ofertą: na stronie 20 oferty - Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 364-13-430-05900406; na stronie 21 oferty - Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 364-12-430-05892368; na stronie 22 oferty - potwierdzenie wysłania polecenia przelewu data 201 -10-25 szczegóły płatności: Faktura nr 7103/011/Polisy Nr 364-11-430-05884533-OC w związku z posiadanym mieniem i prowadzoną działalnością.

Pismem z dnia 25 lipca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę ZAB-BUD A. Z. do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12.000.000,00 zł. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12.000.000,00 zł (pismo z dnia 25 lipca 2014 r., nr pisma: DA-ZP-252-42-9/14).

W dniu 29 lipca 2014 r. Zamawiający otrzymał pismo ww. wykonawcy, który wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie przedkłada polisę nr 364-13-430-05900406 i nowe potwierdzenie przelewu data 22-10-2013 r. z nr faktury 5999/2013/POLISA NR 430-05900406 OC FIRMY. W załączeniu do tego pisma wykonawca przedłożył jedną stronę polisy nr 364-13-430-05900406, drugą stronę polisy nr 364-12-430-05892368 oraz potwierdzenie wysłania polecenia przelewu z 22-10-2013 r., składki w kwocie 31.000,00 zł na rzecz TU ALLIANZ POLSKA S.A., szczegóły płatności: faktura 5999/2013/POLISA NR 430-05900406 OC FIRMY.

Zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców z postępowania, ani nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert.
(Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Pismem z dnia 1 sierpnia 2014 r., Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert, wskazując, że za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta nr 5 złożona przez wykonawcę PPUHRodex Sp. z o.o. (pismo z dnia 1 sierpnia 2014 r., nr pisma: DA-Z{-252-42-13/14). Pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r., Zamawiający poinformował o dokonaniu sprostowania ww. pisma z uwagi na popełnienie omyłki pisarskiej (pismo z dnia 8 sierpnia 2014 r., nr pisma: DA-ZP-252-42-14/14).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgromadzonej w sprawie niniejszej, w tym w oparciu o wyszczególnione powyżej dokumenty. W zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ZAB-BUD istota sporu nie koncentrowała się na zakresie złożonych dokumentów, lecz ocenie ich skuteczności. W kwestii błędu w obliczeniu ceny osią sporu pozostawało dopuszczenie przez Zamawiającego zastosowania stawki 8% podatku VAT na gazy medyczne oraz aparaturę medyczną, jak również to, czy przedmiot

---

zamówienia powinien zostać uznany za świadczenie o charakterze kompleksowym, do którego zastosowanie znajduje jednolita stawka podatku VAT. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny istota sporu związana była z oceną, czy w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, a następnie zastosować procedurę wyjaśniającą z art. 90 ust. 1 Pzp. Poza sporem pozostawał fakt nie wypełnienia przez wykonawcę PPUH Rodex pozycji 1 Tabeli elementów scalonych, jak również różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert, a szacunkową wartością zamówienia. Strony zajmowały natomiast w tym względzie odmienne stanowisko, co do oceny skutków przedmiotowych różnic oraz, czy uzasadniają one zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp. Izba uznała przy tym wartość dowodową zestawienia złożonego na rozprawie przez

Odwołującego. Zawiera ono informacje wynikające z samych ofert wykonawców i jest tabelarycznym zestawieniem pozycji, w których zaistniały rozbieżności cenowe.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba oddalając wniosek Zamawiającego dotyczący zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt6 Pzp miała na względzie, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych procedura odwoławcza nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania. Okoliczność udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ miała wpływ na merytoryczną ocenę zasadności tego zarzutu, jednak nie mogła powodować, by przedmiotowy zarzut nie był w ogóle badany, tym bardziej, że Odwołujący nie kwestionował faktu udzielenia wyjaśnień do SIWZ, odmiennie interpretując jedynie skutki tych wyjaśnień, a podstawą zarzutu uczynił twierdzenia o zaniechaniach Zamawiającego zaistniałych na etapie oceny prawidłowości obliczonej ceny oferty, o których to Odwołujący powziął wiedzę z chwilą otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie, pomimo tego,** że **nie wszystkie jego zarzuty okazały się zasadne.**

I. Zarzuty uwzględnione przez Izbę

Przede wszystkim należało uznać stanowisko i argumenty Odwołującego nakierowane na wykazanie zaniechania zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący w sposób rzeczowy i w wystarczającym stopniu udowodnił, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający winien był powziąć wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji winien był podjąć działania w celu ustalenia bądź wykluczenia tej okoliczności. Z obowiązku tego nie zwalniała Zamawiającego okoliczność, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia zostało ustalone, jako wynagrodzenie ryczałtowe. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przepis art. 90 ust. 1 Pzp ma zastosowanie także w sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego. Przepis ten dotyczy ceny podanej w ofercie, bez względu na to, czy jest ryczałtowa, czy kosztorysowa, gdyż niezależnie od rodzaju, cena oferty powinna być ustalona w sposób rzetelny i gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 772/13). Słusznym prawem – ale i obowiązkiem zamawiającego – jest upewnienie się w toku badania ofert, że cena oferty wykonawcy została obliczona rzetelnie i pozwoli na wykonanie umowy w sprawie zamówienia z należytą starannością (vide: wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt KIO 2368/13).

Okolicznością bezsporną jest to, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 36.747.722,48 zł. Oferta wybranego wykonawcy z ceną 26.207.738,58 zł odbiega od tej wartości o ok. 29%. Jednocześnie widoczna jest rozbieżność pomiędzy ceną tej oferty, a cenami pozostałych ofert. W tym zakresie miarodajnym odniesieniem nie może być oferta wykonawcy ZAB-BUD A. Z., gdyż cena tej oferty, praktycznie zbliżona do oferty wybranego wykonawcy, także powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego – jednak okoliczność ta przestała być aktualna w związku z nakazaniem przez Izbę wykluczenia tego wykonawcy. Wszystkie pozostałe oferty oscylowały natomiast w wysokości 28-32 mln zł, w tym większość z tych ofert zbliżonych było do kwoty 30 mln zł i wzwyż.

Odniesienie ceny wybranej oferty do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert nie może świadczyć automatycznie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, niemniej jednak w tej sprawie okoliczność ta powinna skłonić Zamawiającego do wyjaśnienia i oceny tej kwestii, a tym samym do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp. Nie mogła w tym zakresie mieć znaczenia argumentacja Przystępującego PPUH Rodex Sp. z o.o., że Zamawiający przeszacował wartość zamówienia – na rozprawie Zamawiający nie podnosił, ani nie

dowodził tej okoliczności, nie została ona bezpośrednio przyznana, a sam fakt, że ceny

wszystkich ofert były niższe od wartości ustalonej przez Zamawiającego nie przesądza jeszcze o tym, by wartość zamówienia została ustalona w sposób nadmierny.

W świetle powyższych dysproporcji szczególnej wagi nabiera okoliczność, iż wybrany wykonawca nie wskazał w Tabeli elementów scalonych – część A, pkt I pkt 1 (poz. „Elementy konstrukcyjne") wartości robót netto, podatku VAT i wartości robót brutto. Zamawiający wymagał wypełnienia tej pozycji, na co wskazuje wyodrębnienie jej w treści załącznika, nakazanie w trybie wyjaśnień do SIWZ podziału tego wersu tabeli, jak również potwierdza to fakt, że wszyscy pozostali wykonawcy wypełnili przedmiotową pozycję Tabeli elementów scalonych. Jest to przy tym pozycja o znacznej wartości, na co wskazują ceny podane w ofertach innych wykonawców, gdzie widnieją kwoty ponad milionowe i dwumilionowe, a jedna oferta zawiera nawet cenę ponad trzymilionową. W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, czy cena globalna nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro cena ta nie tylko odbiega od wartości zamówienia i cen innych ofert – będąc niższą o ok. 10 mln zł od szacunkowej wartości zamówienia i ok. 3-6 mln zł od innych ofert – ale dodatkowo z ceny tej nie wynika, by obejmowała ona jedną z istotnych pozycji cenotwórczych. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2014 r., sygn. akt KIO 382/14, ryczałtowy charakter wynagrodzenie nie wyklucza możliwości wyjaśnienia określonych elementów cenotwórczych, a nawet precyzja wezwania niekiedy wręcz wymaga wskazania takich elementów. W takiej sytuacji wezwanie powinno dotyczyć wszystkich najistotniejszych elementów cenotwórczych i nie powinno się tracić z pola widzenia całości ceny oferty.

W niniejszej sprawie łączna ocena powyższych okoliczności, tj. brak wyceny wskazanej powyżej pozycji, co może wskazywać na zmniejszenie najniższej ceny o istotną wartość (którą to istotność potwierdza wycena tej pozycji w ofertach innych wykonawców), przy uwzględnieniu, że jednocześnie cenę tej oferty cechuje istotna dysproporcja w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, jak również odbiega ona od ceny pozostałych ofert – powinna skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości i zastosowania postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdyż weźmie się pod uwagę fakt, że Zamawiający decydujące znaczenie przypisał w rzeczywistości nie cenie podanej w formularzu ofertowym, ale sumie cen za elementy scalone. W konsekwencji to ceny tych elementów determinują cenę ostateczną, a tym samym może być badana ich rzetelność w kontekście ceny rażąco niskiej oraz obowiązku, by łącznie dokonana wycena zapewniała należyte wykonanie zamówienia. Reasumując, wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić cena, która odbiegając od wartości szacunkowej zamówienia i cen innych ofert nie zawiera wyceny wszystkich elementów, bądź elementy te w istotny sposób odbiegają od wyceny innych ofert. Okoliczności te powinny zostać wyjaśnione przez Zamawiającego, który w dalszym toku postępowania, po uzyskaniu informacji od

wykonawcy, oceni czy cena globalna oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia - przy uwzględnieniu możliwości odniesienia swojego stanowiska także do poszczególnych elementów scalonych – nie jest ceną rażąco niską. Na marginesie należy wskazać, że nie jest zrozumiałe działanie Zamawiającego, który w odniesieniu do braku wypełnienia jednej pozycji (Zasilająca sieć kablowa NN) podejmuje działania, a wobec tożsamego braku innej pozycji pozostaje bezczynny.

Uwzględnieniu podlegał również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy ZAB-BUD A. Z. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawca ten nie przedłożył w całości ważnej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 12.000.000,00 zł. Przedłożone części dokumentów nie mogły zostać uznane za wystarczające.

Zamawiający dokonując wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dał wyraz temu, że nie akceptuje złożenia tylko jednej strony polisy. W przeciwnym razie, gdyby Zamawiający uznawał tego rodzaju działanie za przedłożenie dokumentu polisy, to wezwał by wykonawcę jedynie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. Zamawiający wezwał

natomiast wykonawcę do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę – a nie tylko o uzupełnienie dowodu opłacenia polisy. Następnie, Zamawiający pomimo ponownego otrzymanie tylko jednej strony polisy zaakceptował już taki sposób złożenia dokumentu polisy. Działania Zamawiającego cechowała w tym zakresie istotna niekonsekwencja.

W ocenie Izby przedłożenie jednej strony polisy nie odpowiada wymogom, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Jedna strona polisy, bez jej dalszej części i wszystkich informacji, w tym bez podpisów stron, nie może być w ogóle uznana za dokument, a właśnie pojęciem „dokumentów" posługuje się przytoczony § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia. W okolicznościach niniejszej sprawy złożenie jednej strony polisy powinno zostać uznane przez Zamawiającego za równoznaczne z niezłożeniem żadnego dokumentu polisy. Nie jest w tym względzie wystarczające złożenie przez wykonawcę dowodu opłacenia polisy. Prawodawca wyraźnie wymaga bowiem dokumentu polisy, a nie tylko dowodu jej opłacenia. Izba nie miała przy tym wątpliwości, że treść wezwania była precyzyjna i wykonawca wiedział, na czym polega brak jest oferty, jak również w jaki sposób powinien on zostać uzupełniony. Pomimo tego wykonawca ponownie uchybił stawianym przez Zamawiającego wymogom. W tym stanie rzeczy, wykonawca ten winien zostać wykluczony z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zasadny okazał się zarzut odwołania i Izba nakazała Zamawiającemu

wykluczenie ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Powyższe naruszenia miały, w ocenie Izby, istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym została spełniona przesłanka warunkująca uwzględnienie odwołania, o której mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

II. Zarzuty nieuwzględnione przez Izbę

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut oparty na art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W sytuacji, gdy w postępowaniu Zamawiający nie stosował jeszcze art. 90 ust. 1 Pzp, a odwołanie podnosiło jednocześnie zaniechanie zastosowania tego przepisu, zarzut zaniechania odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało uznać za zarzut przedwczesny.

Izba nie znalazła także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt6 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawcę Rodex, wykonawcę FADBET, z uwagi na to, że zawierają błędy w obliczeniu ceny.

Na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (j.t. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.) dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8%. W Załączniku nr 3 do ustawy w pozycji 105 zostały wskazane wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 107, poz. 679 ze zm.), przez wyrób medyczny 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 niezbędnym 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, - których zasadnicze zamierzone działanie w ciele lub na ciele ludzkim nie jest osiągane w wyniku zastosowania środków

farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych, lecz których działanie może być wspomagane takimi środkami.

Odwołujący wywodził, że w odniesieniu do instalacji gazów medycznych oraz wyposażenia medycznego nie było dopuszczalnym zastosowanie stawki podatku VAT 8%. W ocenie Odwołującego, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oferty z podstawową i jednolitą stawką podatku VAT, tj. 23%.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowej argumentacji.

Co istotne, Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że nie kwestionuje, że instalacja gazów medycznych jest finalnie wyrobem medycznym (vide: protokół z rozprawy). Jak wskazano, instalacja będzie wyrobem medycznym po uzyskaniu wszystkich niezbędnych certyfikatów. W konsekwencji, potwierdzone zostało, że w stosunku do instalacji gazów medycznych może znajdować zastosowanie stawka 8% VAT, jako do wyrobu medycznego – zgodnie z poz. 105 Załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Izba wskazuje przy tym, że w definicji wyrobu medycznego (art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych) ustawodawca wskazał na możliwość stosowania wyrobu samodzielnie lub w połączeniu. W konsekwencji to, że instalacja gazów medycznych będzie funkcjonowała razem z innymi elementami przedmiotu zamówienia i będzie stanowiła jedną z szeregu instalacji z nim związanych, nie może automatycznie oznaczać, że nie istnieją podstawy do uznania jej za wyrób medyczny w rozumieniu ww. ustawy.

Odwołujący, co wskazano wcześniej, nie kwestionował, że instalacja gazów medycznych jest finalnie wyrobem medycznym. W konsekwencji podstawy swoich zarzutów Odwołujący nie upatrywał w błędnym zastosowaniu stawki podatku VAT 8% zgodnie z Załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, ile w tezie i założeniu, że w tym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest jedno świadczenie, wobec którego zaistniały podstawy do zastosowania konstrukcji tzw. świadczenia o kompleksowym charakterze, gdzie instalacja gazów medycznych – jako element poboczny i pomocniczy, nie będący dla Zamawiającego celem samym w sobie, lecz jedynie koniecznym środkiem do zrealizowania całości zamówienia, nie mogąca też funkcjonować samoistnie – powinna zostać opodatkowana stosownie do czynności podstawowej, tj. według stawki podatku VAT 23%.

Skład orzekający w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że konstrukcja świadczenia o charakterze kompleksowym, nie mająca swojej legalnej definicji, musi być stosowana ostrożnie, a przede wszystkim musi znajdować rzeczowe i obiektywne oparcie w okolicznościach danej sprawy. Nie można przy tym uznać, by na gruncie podatkowym funkcjonowała z góry przesądzona zasada, w myśl której instalacja gazów medycznych wykonywana w szpitalach w ramach roboty budowlanej polegającej na przebudowie i

rozbudowie szpitala oraz dostosowaniu infrastruktury technicznej, zawsze musiała być klasyfikowana w sposób wskazywany przez Odwołującego, tj. jako świadczenie kompleksowe, niepodzielne i jednorodne, w którym instalacja gazów medycznych jest jedynie częścią składową robót budowlanych, dla którego to świadczenia w całości zastosowanie znajduje stawka podatku VAT 23%. Tego rodzaju założeniu przeczą bowiem przykłady interpretacji podatkowych, które w analogicznych stanach faktycznych, wskazują na zastosowanie stawki 8% podatku VAT w stosunku do instalacji gazów medycznych (przykładowo interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 8 lipca 2013 r., nr: ITPP1/443-345/13/TS, interpretacje powołane w piśmie procesowym wykonawcy PPUH Rodex).

W ocenie Izby Odwołujący oparł swoje twierdzenia właśnie na tego rodzaju błędnym założeniu. Ograniczył się przy tym do przytoczenia korzystnych poglądów orzecznictwa, nie odnosząc ich jednak do indywidualnych okoliczności przedmiotowej sprawy. Przede wszystkim jednak, Odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że w tym konkretnym postępowaniu przedmiot zamówienia musi być uznany za świadczenie o charakterze kompleksowym. Przedmiotowa okoliczność, jako kluczowa dla oceny twierdzeń i zarzutów odwołania powinna zostać udowodniona w sposób bezwzględny, stosownie do zasady zawartej w art. 190 ust. 1 Pzp. W tym zakresie nie przedstawiono także rzeczowej argumentacji, wskazując jedynie ogólnie na kody CPV, czy brak werbalnego wyodrębnienia instalacji gazów medycznych w opisie przedmiotu zamówienia. Kody CPV, jak słusznie podnosił Przystępujący, nie mogą stanowić jedynego źródła, które

przesądzałoby o zakresie przedmiotu zamówienia. Wbrew wywodom Odwołującego, w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający w sposób wystarczający i szczegółowy wyodrębnił przy tym instalacje gazów medycznych. Zostało to odrębnie wskazane w Części II pkt 12 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 8 do SIWZ); została przygotowana w tym zakresie oddzielna obszerna dokumentacja projektowa, stanowiąca integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. dokumentacja wymieniona w Załączniku nr 9 do SIWZ), jak również przedmiary robót; zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w dokumentacji projektowej zastrzeżono konieczność posiadania m.in. odpowiednich aprobat dla wyrobu medycznego i deklaracji zgodności wytwórcy;wreszcie pozycja „Gazy medyczne" została wyszczególniona w Tabeli elementów scalonych.

Odwołujący nie udowodnił, że pomimo powyższych okoliczności w realiach tej sprawy ziściły się przesłanki do zastosowania – stanowiącej wyjątek – konstrukcji świadczenia kompleksowego, opierając swoje twierdzenia w zasadzie na założeniu, że w przypadku tego rodzaju robót budowlanych instalacja gazów medycznych musi być niejako automatycznie uznawana za ich część składową oraz poprzestając jedynie na ogólnej argumentacji i poglądach orzecznictwa, które jednak nie mogły zostać przeniesione

bezpośrednio na grunt niniejszej sprawy.

Izba – konfrontując stanowisko Odwołującego z faktem wyraźnego opisania i wyodrębnienia instalacji gazów medycznych, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, dokumentacji projektowej, ale także w ramach kalkulacji ceny oferty, jak również mając na względzie, że na gruncie podatkowym nie funkcjonuje zasada nakazująca w tego rodzaju przypadkach stosować konstrukcję świadczenia kompleksowego, biorąc także pod uwagę fakt udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, co do stawki VAT na gazy medyczne i aparaturę medyczną – nie znalazła ostatecznie wystarczających podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Reasumując, Izba zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że na zamawiającym zawsze ciąży obowiązek badania, czy cena została prawidłowo skalkulowana. W tej sprawie brak było jednak podstaw do uznania, że Zamawiający tego obowiązku nie wypełnił. Odwołujący nie udowodnił w szczególności, że jedyną słuszną stawką podatku VAT, z uwagi na konstrukcję świadczenia kompleksowego, była w tym postępowaniu stawka 23%. Z uwagi na fakt, iż okoliczność ta stanowiła podstawę stawianych w tym zakresie zarzutów, winna ona zostać wykazana w sposób bezwzględny, czemu Odwołujący nie sprostał.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w toku postępowania wskazał na zastosowanie na gazy medyczne i aparaturę medyczną stawki 8% podatku VAT. To, że nie zostało to literalnie wyrażone w treści zapytania oraz odpowiedzi nr 116 nie może podważać okoliczności, iż w stosunku do wyrobów medycznych, a takim wyrobem jest instalacja gazów medycznych, obniżoną stawką podatku VAT może być właśnie stawka 8%. Odnosząc treść pytania do przytoczonych wcześniej przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy o wyrobach medycznych, jak również mając na względzie, że Zamawiający konsekwentnie traktował instalację gazów medycznych, jako wyrób medyczny, nie można mieć wątpliwości, że istotą odpowiedzi było wskazanie na zastosowanie w tym zakresie stawki 8% podatku VAT. W tej materii trudne do zaakceptowania byłoby jednocześnie wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec wykonawców, którzy w istocie zastosowali się do dyspozycji Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Tytułem sygnalizacji, jedynie informacyjnie, należy wskazać, że skoro Zamawiający wskazał na stawkę 8% podatku VAT, a tym samym określił ją w ramach wyjaśnień SIWZ, to wobec ofert, które tej stawki nie zawierają, zgodnie z przywoływanym przez strony i uczestników postępowania orzecznictwem Sądu Najwyższego, może ewentualnie dojść do obowiązku poprawienia ofert, a nie ich odrzucenia. Należy podkreślić, że stosowanie stawki preferencyjnej nie jest uprawnieniem, lecz obowiązkiem – znajdującym swoje źródło w

powinności stosowania właściwej stawki podatku VAT. Skoro Zamawiający, jako właściwą stawkę podatku VAT, wskazał w tym zakresie w SIWZ (w ramach wyjaśnień) stawkę 8% to

konsekwentnie powinien ocenić potrzebę poprawienia ofert z inną stawką. W ramach badania i oceny ofert nie powinny także zniknąć z pola widzenia kwestie wynikające z udzielonych odpowiedzi, którymi rozszerzono zakres prac i obowiązków, co powinno także znaleźć odzwierciedlenie w treści ofert (przykładowo odpowiedź nr 188, czy nr 8 z pisma z 13 czerwca 2014 r.).

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..