

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 maja 2009 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Sławomir Boratyński (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Skoczyńska

SO Beata Przeniosło

Protokolant: stażysta Kinga Sobka
po rozpoznaniu w dniu 21 maja 2009 roku w Lublinie

na rozprawie

sprawy z odwołania Skanska spółki akcyjnej w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie protestu zgłoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

na skutek skargi członków konsorcjum Mostostal Warszawa spółki akcyjnej w Warszawie, Elektromeks spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Wamaco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Ekbud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2009 roku

sygn. akt KIO/UZP 236/09, KIO/UZP 254/09, KIO/UZP 255/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 B w ten sposób, że oddala odwołanie Skanska spółki akcyjnej w Warszawie i unieważnia czynności podjęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4

w Lublinie będące konsekwencją rozstrzygnięcia zawartego w pkt 1 B zaskarżonego wyroku;

II. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie solidarnie na rzecz członków konsorcjum Mostostal Warszawa spółki akcyjnej w Warszawie, Elektromeks spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Wamaco spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, Ekbud spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie kwotę 3 000 zł. (trzy tysiące złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

UZASADNIENIE :

Wyrokiem z dnia 17 marca 2009 r. wydanym w sprawach KIO/UZP 236 /09 , KIO/UZP 254/09 i KIO/UZP 255/09 Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu w dniu 12 marca 2009 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez Polimex-Mostostal Spółkę Akcyjną w Warszawie , SKANSKA Spółkę Akcyjną w Warszawie oraz Budimex Dromex Spółkę Akcyjną w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4, w Lublinie protestów powyższych odwołujących się przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących konsorcjum : Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie , Elektromeks Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w , Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowe WAMACO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie oraz EKBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego :

- oddalił odwołanie Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie ;
- uwzględnił odwołanie SKANSKA S.A. w Warszawie i nakazał unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazał dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- oddalił odwołanie Budimex Dromex S.A. w Warszawie (pkt 1 A , 1 B i 1 C) , kosztami postępowania obciążył Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie , Budimex Dromex S.A. w Warszawie oraz Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie i nakazał zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł. z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - koszty w wysokości 1 524 zł. 66 gr. z kwoty wpisu uiszczonego przez Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie ,
 - koszty w wysokości 1 524 zł. 67 gr. z kwoty wpisu uiszczonego przez SKANSKA S.A. w Warszawie,
 - koszty w wysokości 1 524 zł. 67 gr. z kwoty wpisu uiszczonego przez Budimex Dromex w Warszawie ;

oraz dokonać wpłaty kwoty 5 124 zł. 67 gr. stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

- kwoty 1 800 zł. przez Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwoty 1 524 zł. 67 gr. przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie na rzecz SKANSKA S.A. w Warszawie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- kwoty 1 800 zł. przez Budimex Dromex S.A. w Warszawie na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2) ;

a ponadto dokonać zwrotu kwoty 55 426 zł. z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- kwoty 18 475 zł. 34 gr. na rzecz Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie,

- kwoty 18 475 zł. 33 gr. na rzecz SKANSKA S.A. w Warszawie ,
- kwoty 18 475 zł. 33 gr. na rzecz Budimex Dromex S.A. w Warszawie (pkt 3).

Jako uzasadnienie wyroku wskazano ,że zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital

Kliniczny Nr 4 w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dobudowę bloku operacyjnego w SPSK-4 w Lublinie oraz dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru. W dniu 2.02.2009 r.

zamawiający poinformował o wynikach postępowania - uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., ELEKTROMEKS Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe WAMACO Sp. z o.o. oraz EK.BUD Sp. z o.o. (KONSORCJUM MOSTOSTAL) oraz o odrzuceniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Czynności te stały się przedmiotami odwołań poprzedzonych protestami wniesionych przez: POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO/UZP/236/09); SKANSKA. S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt. KIO/UZP/254/09); BUDIMEX - DROMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt. KIO/UZP/255/09). Odwołania te zostały skierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzenie z dnia 5.03.2009 r. do łącznego rozpoznania na podstawie art. 187 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Odnosnie odwołania wniesionego przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. (sygn. akt KIO/UZP/236/09) wskazano ,że :

W proteście wniesionym w dniu 11.02.2009 r. (pismo z tej samej daty) POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie jego oferty i, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL;
- art. 5, 7 i 8 oraz art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz poz. 106 załącznika nr 3 do w/w ustawy przez błędną ocenę stawki podatku VAT dla prac objętych zamówieniem publicznym skutkującą odrzuceniem oferty odwołującego się zawierającej zgodną z w/w przepisami stawką podatku VAT i wybraniem jako najkorzystniejszej oferty zawierającej sprzeczną z w/w przepisami stawkę podatku VAT ;
- 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL zawierającej rażąco niską ceną i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- art 7 Pzp przez naruszenie przez zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 3 i art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wybranie, jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku, a także wszelkich innych przepisów prawa, których naruszenie wynika z uzasadnienia protestu.

Pismem z dnia 19.02.2009 r. (doręczonym 20.02.2009 r.) zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. błędnie zastosował stawkę 22% VAT przy obliczu wartości zamówienia na dostawę, montaż i uruchomienie elementów wyposażenia stanowiących samodzielne wyroby medyczne, podczas, gdy zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT oraz poz. 106 zał. nr 3 do ustawy, stawka ta powinna wynosić 7%. Zamawiający podniósł również, że wyroby medyczne zostały unieszczone w części siwz związanej bezpośrednio z dostawą, montażem i uruchomieniem wyposażenia obiektu (załącznik nr 10 do siwz), a nie w części związanej z dobudową bloku operacyjnego. Ponadto zamawiający stwierdził, że pojęcie "budowa budynku" nie obejmuje zaopatrywania budynku w wyposażenie, nie stanowiące jego elementów konstrukcyjnych ani urządzeń

technologicznych, a jedynie umożliwiające jego prawidłowe funkcjonowanie. W ocenie zamawiającego wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą będzie dokonywał czynności podatkowych polegających na wykonywaniu robót budowlanych oraz jako odrębną czynność podatkową - dostawą, montaż i uruchomienie wybranego wyposażenia sal operacyjnych i sterylizacji, z których część stanowi wyrób medyczny, a w związku z powyższym korzysta z preferencyjnej 7% stawki podatku VAT. Zamawiający podniósł również, że POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. nie wziął pod uwagę treści udzielonych odpowiedzi na pytania o treść siwz, które m.in. dopuściły odrębne rozliczanie dla dostaw wyrobów medycznych, które nie stanowią części składowych budowanego obiektu. Na kwalifikację podatkową nie ma wpływu fakt, iż odbiory te będą zgłaszane inspektorowi nadzoru, ani fakt niewielkiego udziału wartości dostaw wyposażenia (załącznik nr 10 do siwz) w ogólnej wartości inwestycji. Zamawiający stwierdził ponadto, że w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy niektóre z ofert, a m.in. i ta, uznana później za najkorzystniejszą, nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z udzielonych wyjaśnień nie wynika, iż któraś z otrzymanych ofert zawiera rażąco niską ceną.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. wniósł w dniu 2.03.2009 r. (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się wskazał, że przedmiot postępowania stanowi wykonanie obiektu budowlanego stanowiącego budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, które winno być traktowane jako jedna gospodarcza całość stanowiąca robotę budowlaną w myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Prawo budowlane oraz Kodeksu cywilnego. Wywiódł, że elementy wyposażenia centralnej sterylizacji i sal operacyjnych to urządzenia techniczne w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a montaż i uruchomienie urządzeń technicznych w ramach wykonywania umowy o roboty budowlane należy traktować, jako robotę budowlaną. W konsekwencji montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i sal operacyjnych należy uznać za usługę w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż z art. 5 § 1 ustawy o VAT wynika, że czynności opodatkowane tym podatkiem są kwalifikowane jedynie jako dostawa albo usługa a gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesadzać czynność główna. Na potwierdzenie tych twierdzeń odwołujący się przywołał wyrok WSA. Objęcie zatem całości oferowanych robót budowlanych jednolitą 22% stawką VAT przewidzianą przez przepisy dla robót budowlanych jest prawidłowe. Pogląd powyższy odwołujący się wywiódł, również z wzoru umowy, w którym wszystkie roboty związane z dobudową bloku operacyjnego traktowane są jako jedna gospodarcza całość. Podniósł też iż, dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia stanowią zatem jedynie ok. 4 % wartości tego zamówienia, zatem winny być opodatkowane jednolitą stawką podatku VAT. Na poparcie prezentowanego poglądu odwołujący się przywoływał orzecznictwo sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. W ocenie odwołującego się zaoferowanie przez KONSORCJUM MOSTOSTAL ceny o 10 411 671,49 zł. niższej od wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego, świadczy o zastosowaniu przez wybrane Konsorcjum rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Czyn ten stanowi również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez stosowanie cen dumpingowych - czyn nieuczciwej konkurencji wskazany 3 i art. 15 powodujący obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący stwierdził, że naruszenia, których dopuścił się zamawiający powodują również uchybienie art. 7 Pzp i wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Polimex - Mostostal S.A., dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Polimex - Mostostal S.A., jako niepodlegającej odrzuceniu, dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., dokonania czynności wyboru oferty Polimex- Mostostal S.A.,

Odnosnie odwołania wniesionego przez SKANSKA S.A. (sygn. akt KIO/UZP/254/09) wskazano, co następuje:

W proteście wniesionym w dniu 9.02.2009 r. SKANSKA S.A. zarzuciła

zamawiającemu bezprawne odrzucenie jej oferty z powodu błędnego obliczenia stawki podatku VAT, zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum MOSTOSTAL mimo, że nie posiada wymaganego doświadczenia, zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL mimo zaoferowania zbyt małej ilości drzwiczek aluminiowych oraz błędnego podania w pkt 28 i 29 zał. Nr 10 do siwz stawki VAT 7% zamiast 22% oraz bezprawny wybór oferty Konsorcjum MOSTOSTAL WARSZAWA SA. Czynności te naruszają art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 19.02.2009 r. (przekazanego faksem 2 dnia 20.02.2009 r.) uwzględnił protest co do zarzutu braku jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt cech wymaganych przez zamawiającego, w wyniku czego unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i zapowiedział wezwanie do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający oddalił pozostałe zarzuty protestu, stwierdzając, że KONSORCJUM MOSTOSTAL spełnia warunki udziału w postępowaniu a braki w ilościach drzwiczek zostały poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający podtrzymał stanowisko o błędnym zastosowaniu stawki VAT 22% w poz. 28 i 29 zał. Nr 10 do siwz. W tym zakresie wskazał że, z uwagi na zastosowanie stropów monolitycznych żelbetowych montaż kolumn anesteziologicznych nie wymaga specjalnego przygotowania stropów, prace te nie zostały zatem uwzględnione w dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Kolumny anesteziologiczne i zestawy sufitowe jednostek zasilających zostały umieszczone przez zamawiającego w zał. Nr 10 do siwz w części związanej bezpośrednio z dostawą, montażem i uruchomieniem wyposażenia obiektu, nie zaś w części związanej z dobudową bloku operacyjnego. Nie stanowią również części składowej w rozumieniu art. 47 § 2 k.c., będą przedmiotem dostawy i odrębnego odbioru i nie powinny być klasyfikowane jako robota budowlana, a skoro stanowią wyrób medyczny znajduje do nich zastosowanie stawka VAT 7%. Stawkę taką przyjął zamawiający przy wycenie kolumn (a gdzie zestawy) przedmiotu zamówienia oraz stosuje ją w dokonywanych samodzielnie zakupach kolumn. Odrzucenie oferty SKANSKA S.A. było zatem prawidłowe a zarzuty protestu kierowany w tym zakresie pod adresem MOSTOSTAL WARSZAWA SA, który w spornych pozycjach przyjął wartość VAT 7 % zamawiający uznał za chybione.

Nie zgadzając się rozstrzygnięciem zamawiającego SKANSKA S.A. wniosła w dniu 27.02.2009 r. (data stempla pocztowego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się podniósł, że zastosowanie przez niego stawki VAT 22% w poz. 28 i 29 nastąpiło w oparciu o stanowisko zawarte w interpretacji indywidualnej wydanej przez upoważniony organ - dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, że preferencyjną stawką VAT 7% mogą być objęte tylko takie elementy wyposażenia medycznego, które nie stanowią części składowej budowanego obiektu w rozumieniu art. 47 § 2 k.c., czyli takiej która nie może być od niej odłączona bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości, albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego, przy czym połączenie to nie musi mieć charakteru wyłącznie fizycznego, ale również, co potwierdza stanowisko doktryny i orzecznictwo Sądu Najwyższego, może mieć charakter funkcjonalny. Zamiarem zamawiającego była budowa w pełni funkcjonalnego bloku operacyjnego a zestawy sufitowe jednostek zasilających - mikrochirurgicznej i chirurgicznych oraz sufitowa kolumna anesteziologiczna z monitorem stanowią rodzaj konstrukcji pozwalających na zamontowanie na nich niezbędnych dla wykonywania zabiegów operacyjnych urządzeń, monitorów, mediów, stanowią też część konstrukcji obiektu oraz instalacji gazów medycznych, tlenu, instalacji elektrycznej. Odwołujący się wskazał, że tylko zamocowanie kolumny w sposób trwały do stropu we właściwym miejscu umożliwi jej wykorzystanie zgodnie z przeznaczeniem.

Odwołujący się podniósł też, że zamawiający w toku badania i oceny ofert zmienił pogląd odnośnie kwalifikacji podatkowej elementów wskazanych w spornych pozycjach 28 i 29, co potwierdza treść pism datowanych na 26.01.2009r., które zamawiający wysłał do uczestników postępowania: ERBUD S.A., BUDIMEX DROMEX S.A., GRUPA 3J SA, MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., INTERBUD LUBLIN S.A. Odwołujący się wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego urządzenia wskazane w poz. 28 i poz. 29 nie mogą być przedmiotem odrębnych odbiorów, a ponadto ich montaż wymaga specjalistycznych robót budowlanych celem połączenia urządzeń ze stropem. W ramach wyceny przywołanych pozycji uwzględnione są również roboty budowlane niezbędne do wykonania montażu tych

elementów, gdyż w materiałach przetargowych (kosztorysach) brak jest innej pozycji, w której można było wycenić zakres robót budowlanych, niezbędnych do wykonania montażu elementów wymienionych w poz. 28 i 29. Dla zobrazowania zakresu niezbędnych robót budowlanych mających na celu przytwierdzenie urządzeń do konstrukcji budynku odwołujący się przywołał ich parametry fizyczne i wskazał, że urządzenia stanowią jedynie niewielką część zamówienia, a dokonany przez zamawiającego podział na poszczególne kosztorysy nie ma znaczenia, gdyż nie jest związany z podziałem zamówienia na części.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności: oddalenia protestu wniesionego przez odwołującego się, wyboru oferty Konsorcjum MOSTOSTAL, odrzucenia oferty odwołującego się oraz o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie odwołania wniesionego przez BUDIMEX DROMEX S.A. (sygn. akt KIO/UZP/255/09) wskazano co następuje :

W proteście wniesionym w dniu 12.02.2009 r. BUDIMEX DROMEX S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne zastosowanie przepisu w stosunku do jego oferty a niezastosowanie w stosunku do oferty Konsorcjum MOSTOSTAL i w związku z powyższym dokonanie wyboru oferty nieważnej, w sposób naruszający równocześnie art. 7 ust. 3 Pzp. Ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonywanie czynności w toku postępowania, w tym czynności odrzucenia i wyboru ofert w warunkach nierównego traktowania wykonawców. Protestujący wskazał, że zastosowanie przez niego stawki VAT 7% w odniesieniu do instalacji i przyłącz gazów medycznych jest prawidłowe, gdyż stanowią one w myśl obowiązujących przepisów wyrób medyczny.

Pismem z dnia 19.02.2009 r. (doręczonym 20.02.2009 r.) zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że przedmiot zamówienia stanowi wykonywanie robót budowlanych w obiekcie służby zdrowia wg klasyfikacji PKOB oraz dostawa sprzętu medycznego wg klasyfikacji statystycznych PKWiU. Obiekt będący przedmiotem zamówienia podlega klasyfikacji wg PKOB w dziale 12, klasa 1264, czyli stosuje się tu podstawową stawkę podatku VAT 22%, w tym również i dla wykonania instalacji gazów medycznych oraz przyłączy gazów medycznych. Instalacja ta będzie stałym, niedemontowanym oraz wbudowanym trwale elementem budynku. Zamawiane instalacje gazowe będą stanowiły części składowe budynku bloku operacyjnego w rozumieniu art. 47 § 2 k. c., nie stanowią natomiast dostawy wyposażenia, którym mogą być m.in. samodzielne wyroby medyczne, dla których stosuje się preferencyjną stawkę VAT w wysokości 7%. Stąd nieprawidłowym w ocenie zamawiającego jest kwalifikowanie robót ujętych w dwóch kosztorysach budowlanych, które dotyczą lub mają pośredni związek z gazami - jako uprawniających do zastosowania preferencyjnej 7% stawki VAT właściwej dla wyrobów medycznych, w tym również dla elementów robocizny uwzględnionych w tych częściach składowych inwestycji. W ocenie zamawiającego skoro instalacje gazów medycznych i ich przyłącza ujęte są w szczegółowych kosztorysach związanych z robotami budowlanymi, to zastosowanie znajduje stawka 22% podatku VAT. Zamawiający wskazał, że kilkakrotnie dokonywał analogicznych inwestycji bez stosowania 7% stawki podatku VAT, co nie zostało zakwestionowane w procesie kontroli przez delegaturę „Najwyższej Izby Skarbowej” oraz Urzędu Kontroli Skarbowej. Zamawiający uznał pogląd, że 7% preferencyjna stawka podatku VAT ma zastosowanie również dla prac ziemnych i zewnętrznych przyłączy gazów medycznych z powodu spójności tych prac, z instalacjami (niezbędności do wypełnienia swojej funkcjonalnej i użytkowej funkcji) za przejaw swobodnej interpretacji przepisów, gdyż ustawa o VAT, jej załącznik nr 3 i ustawa o wyrobach medycznych nie posługują się i nie warunkują bytu wyrobu medycznego od innych funkcji, czy otoczenia użytkowego.

Nie zgadzając się rozstrzygnięciem zamawiającego BUDIMEX DROMEX S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując warunek przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. W pierwszym rzędzie odwołujący się podniósł, że wskutek uwzględnienia zarzutów jednego z protestów w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą zamawiający doprowadził do sytuacji, że nie wobec wszystkich wykonawców wybór najkorzystniejszej oferty został uchylony. Podtrzymując zarzuty protestu odwołujący się wskazał, że ustawa o wyrobach medycznych stanowi *lex specialis* w

stosunku do ustawy o VAT, co skutkuje określeniem podatku wyłącznie na jej podstawie. Zatem, jeżeli dany wyrób spełnia ustawowe przesłanki uznania go za wyrób medyczny, to przy jego sprzedaży będzie miała zastosowanie preferencyjna stawka VAT w wysokości 7% bez konieczności spełnienia dodatkowych warunków. Odwołujący się wywiódł również, że jeśli sporna instalacja stanowi wyrób medyczny zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, to nie może być jednocześnie robotą budowlaną w rozumieniu ustawy o VAT a tym bardziej nie może być jedynie w części wyrobem medycznym, a w części zaś robotą budowlaną zwłaszcza w zależności od stopnia trwałości związania poszczególnych elementów wyrobu medycznego z nieruchomością.

Odwołujący się wskazał, że zamawiający na etapie przygotowania postępowania, opisując przedmiot zamówienia, wymagał od wykonawców, aby instalacja gazów medycznych była wyrobem medycznym, w odniesieniu do jej wszystkich elementów składowych, z drugiej natomiast na etapie badania i oceny ofert, kwestionuje prawidłowość zastosowania preferencyjnej stawki VAT w stosunku do tej części z powodu, że rzekomo nie wszystkie elementy systemu wykazują taką cechę. Odwołujący się podniósł, że tylko kompletnemu systemowi sprężonych gazów medycznych i próżni (a nie jej elementom) można nadać znak CE oraz, że umiejscowienie danej pozycji w kosztorysie nie determinuje charakteru świadczenia. Podniósł też, że w zakończonych w ostatnich latach oraz toczących się obecnie postępowaniach, w zakresie których występują "instalacje gazów medycznych" (bez względu czy mowa jest o budowie, czy o dobudowie budynku) odpowiedzi udzielane przez zamawiających wskazują na opodatkowanie tegoż wyrobu medycznego preferencyjną stawką podatku VAT. Nadawanie znaku CE oraz jednoznaczne traktowanie systemu rurociągów do gazów medycznych jako wyrobu medycznego, a nie instalacji budowlanej jest normą prawną od chwili wstąpienia Polski do Unii Europejskiej i przyjęcia na siebie różnych zobowiązań, w tym Dyrektywy 93/42/EEC wraz z normami zharmonizowanymi. Zamawiający w treści oddalenia protestu nie zaprzeczył konieczności nadania CE oraz spełnienia warunków dla wyrobu medycznego, jednakże uzasadniając tezę o 22% stawce podatku VAT nie wskazał kiedy jego zdaniem instalacja gazów medycznych kończy swój byt jako wyrób medyczny, a rozpoczyna jako część składowa budynku. Odwołujący się podniósł również zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż w stosunku do niego zamawiający nadinterpretował art.89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz ustawę o podatku od towarów i usług, w przypadku oferty SKANSA S.A. zastosował sankcję wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ze względu na nieprawidłowe sklasyfikowanie wyrobu medycznego w grupie podatkowej 22% stawką VAT, przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej mimo naliczenia 22% stawki VAT na wyrób medyczny. Odwołujący się wniósł o zmianę decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego się oraz uznanie jej za ważną, dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uznanie oferty Konsorcjum Mostostal za spełniającą przesłanki odrzucenia, wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i jej odrzucenie, podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty przedsiębiorcy SKANSA S.A. z siedzibą w Warszawie, dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

Konsorcjum MOSTOSTAL przystąpiło po stronie zamawiającego do wszystkich postępowań odwoławczych będąc wcześniej uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Wniosło o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, że zamawiający w siwz - rozdział 1 pkt 2 określił przedmiot zamówienia jako „Dobudowa bloku operacyjnego w SPSK-4 w Lublinie ul. Jaczewskiego 8 opisany dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz dostawa, montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru”. Załączniki do siwz stanowiły projekty budowlane wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiary odpowiednio dla branż: budowlanej, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz robót zewnętrznych - załączniki od 1 do 4 do

siwz. Ponadto załączniki do siwz stanowiły m.in. - kosztorys ofertowy (załącznik nr 8), formularz cenowy oferty (załącznik nr 9) oraz kosztorys ofertowy na dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia sal operacyjnych i intensywnego nadzoru (załącznik Nr 10). Bezpornie poz. Nr 28 (zestaw dwóch sufitowych jednostek zasilających - mikrochirurgicznej i chirurgicznej) i Nr 29 (sufitowa kolumna anestezjologiczna z monitorem) w załączniku Nr 10 (zwane również dalej łącznie kolumnami sufitowymi lub kolumnami) oraz instalacja gazów medycznych stanowią wyroby medyczne w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Odpowiadając na pytania wykonawców w piśmie z dnia 13.11.2009 r. zamawiający stwierdził (pytanie f), że wyposażenie centralnej sterylizacji oraz wyposażenie sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru należy wykonać wg załącznika nr 10 i tylko tę cenę uwzględniać w cenie oferty. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (rozdział 1 pkt 2.1 siwz) i ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert (rozdział IV siwz). W rozdziale V siwz „Opis sposobu przygotowania oferty” w pkt 3 „Cena oferty” zamawiający stwierdził, że cenę oferty oblicza się sporządzając kosztorysy ofertowe na podstawie siwz, jej załączników oraz wizji lokalnej. Zamawiający podał dane wymagane przez siebie dla kosztorysów ofertowych dotyczących dobudowy bloku operacyjnego oraz dostawy, montażu i uruchomienia wyposażenia. Zastrzegł też, że cena oferty w odniesieniu do wyposażenia winna uwzględniać m.in. podatek VAT. Siwz nie zawiera innych postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny, w szczególności dotyczących ustalenia stawki podatku od towarów i usług.

Odpowiadając na pytania wykonawców w dniach 20.11.2008 r. (pyt. 42) oraz 3.12.2008 r. (pyt. 4) zamawiający określił, że stawkę VAT ustala wykonawca na podstawie obowiązujących przepisów. Wskazał również, że nie korzysta z żadnego ze zwolnień w podatku VAT i według jego rozeznania przy realizacji inwestycji wystąpią różne stawki VAT dla poszczególnych elementów zamówienia - ale prawidłowość ich wskazania leży po stronie wykonawcy - zgodnie ze stanowiskiem urzędu skarbowego właściwego dla siedziby wykonawcy. We wzorze umowy zamawiający nie zawarł możliwości odrębnego odbioru wyposażenia przewidzianego w załączniku Nr 10. Odpowiadając na pytanie zadane przez SKANSKA S.A., który podniósł, że ustalenie takie jest niezbędne dla ustalenia prawidłowej stawki VAT dla wyposażenia ruchomego obiektu, pismem z dnia 15.12.2008 r. zamawiający stwierdził, że dopuszcza odrębne odbiory i fakturowanie elementów wyposażenia (urządzeń medycznych), które nie są połączone w sposób trwały z konstrukcją budynku. Wykonawcy znajdujący się w sporze w związku z dokonaną przez zamawiającego czynnością badania i oceny ofert złożyli oferty w których odpowiednio:

1. SKANSKA S.A. zaoferowała cenę brutto 47 851 670, 94 zł., stosując stawkę VAT 22% do wszystkich robót budowlanych oraz do poz. 28 i 29 załącznika nr 10;
2. KONSORCJUM MOSTOSTAL zaoferowało cenę brutto 48 945 434, 46 zł. przewidując dla wszystkich robót budowlanych stawkę 22%, a dla pozycji Nr 28 i 29 wymienionych w załączniku Nr 10 stawkę 7% VAT;
3. BUDIMEX DROMEX S.A. zaoferował cenę 49 316 450, 06 zł., przy czym do wyposażenia ujętego w pozycji Nr 28 i 29 załącznika Nr 10 zastosował stawkę VAT 7%, do robót budowlanych stawkę 22%, za wyjątkiem wykonania instalacji i przyłącz gazów medycznych, dla których przyjął stawkę VAT 7%;
4. POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. podał cenę 59 465 789, 56 zł. stosując jednolitą stawkę VAT do całego przedmiotu zamówienia.

W toku badania i oceny ofert zamawiający uzyskał wyjaśnienia, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp w stosunku do ofert złożonych przez wykonawców: SKANSKA S.A., KONSORCJUM MOSTOSTAL oraz BUDIMEX DROMEX. S.A. Zamawiający badał również prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT, żądając od wykonawców stosownych wyjaśnień. W wyniku wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp SKANSKA S.A. złożyła interpretację indywidualną wydaną przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 26.11.2008 r., znak IPPP1/443-1861/08-2/AW, w której dyrektor izby zaaprobował stanowisko, że jeśli wyposażenie technologiczne (w tym m. in. kolumna sufitowa z gazami medycznymi) stanowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. to właściwa jest

w odniesieniu do niej stawka VAT 22% , a przesądzające dla stwierdzenia możliwości dokonania odrębnej czynności polegającej na dostawie wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych jest uznawanie ich za część składową budynku. Opisany w przywołanej interpretacji stan faktyczny przewidywał ponadto możliwość dokonania odrębnego odbioru jedynie wyposażenia nie związanego trwale z budynkiem. Interpretacje wydawane przez dyrektorów izb skarbowych na podstawie art. 14 ustawy Ordynacja podatkowa dotyczą konkretnej sprawy i w tym zakresie są wiążące, niemniej jednak Izba uznała, że poglądy wyrażone w przywołanej interpretacji dotyczą zbliżonego stanu faktycznego (co jest niesporne) i podobnych kwestii, jak sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Dlatego też biorąc powyższe pod uwagę, jak również uwzględniając okoliczność, iż nie zostały przedłożone interpretacje wydane przez dyrektora właściwej izby skarbowej na użytek postępowania, a żaden z wykonawców nie oświadczył, iż wystąpił o wydanie wiążącej interpretacji dla niniejszego postępowania, Izba uznała za zasadne przyjęcie jako dowodu w niniejszym postępowaniu przywoływanej interpretacji dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie. Zaliczenie interpretacji udzielanych przez dyrektora Izby Skarbowej w poczet materiału dowodowego w razie stwierdzenia możliwości jej zastosowania na zasadzie analogii, potwierdzone zostało w we wcześniejszym orzecznictwie Izby m.in. wyrok z dnia 5.02.2009r., sygn. akt KI O/UZP/107/09.

Za istotną dla wydania rozstrzygnięcia Izba uznała również złożoną w toku postępowania przez Konsorcjum MOSTOSTAL interpretację indywidualną wydaną przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 19.12. 2007r. , znak IPPP1/443-628/07-2/Ab, w której dyrektor stwierdził, że usługa wykonania instalacji gazów medycznych (...) podlega opodatkowaniu wg 22% stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający występując w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do GRUPY 3 J, INTERBUD LUBLIN SA, BUDIMEX DROMEX S.A. oraz Konsorcjum MOSTOSTAL stwierdził, że kolumny sufitowe stanowią część składową budynku bloku operacyjnego i w tym zakresie wykonawcy nie będą dokonywać odrębnej czynności podatkowej, polegającej na dostawie wyposażenia a świadczyć będą jedynie usługi budowlane.

Izba nie uznała za dowód w sprawie złożonych przez przystępującego Konsorcjum MOSTOSTAL materiałów związanych z zaoferowanymi przez niego oraz SKANSKA S.A. w poz. Nr 28 i Nr 29 w załączniku Nr 10 urządzeniami firmy TRUMPF KREUZER, gdyż nie odnoszą się one do istotnej dla rozstrzygnięcia okoliczności sposobu zespolenia kolumny sufitowej z bryłą budynku oraz z systemem instalacji gazów medycznych, a jedynie wskazują na szczegóły konstrukcyjne urządzeń, które nie są sporne w sprawie. Ponadto odwołujący się SKANSKA S.A. złożył schemat montażu urządzenia przy odwołaniu. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego się SKANSKA S.A., że do prawidłowego funkcjonowania kolumny sufitowej niezbędne jest doprowadzenie mediów i odpowiednie przygotowanie instalacji, zatem kolumna nie może być umieszczona w miejscu dowolnym oraz że, nie jest ona montowana do sufitu podwieszanego, ale bezpośrednio do konstrukcji budynku a także, że sala operacyjna pozbawiona kolumny anestezyjologicznej nie może prawidłowo spełniać swojej funkcji. Fakty te zatem Izba uznała za przyznane, wobec czego za zbędne uznała powołanie dowodu z zeznań świadka lub opinii biegłego, o co wnioskował przystępujący Konsorcjum MOSTOSTAL. Zeznania lub opinia dotyczyłaby niebudzących wątpliwości Izby wskazanych wyżej faktów przyznanych przez zamawiającego (art. 188 ust. 5 Pzp) a więc bezspornych między stronami. W związku z czym dowody uznane zostały również za powoływane jedynie dla zwłoki (art. 188 ust. 6 in fine Pzp).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu oświadczeń pełnomocników na rozprawie.

Izba nie uznała za dowód złożonych przez odwołującego się BUDIMEX DROMEX S.A. dokumentów z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż okoliczność, że inni zamawiający stosują stawkę VAT 7% w odniesieniu do instalacji gazów medycznych nie jest przedmiotem sporu. Okoliczność, że niektórzy zamawiający udzielają wykonawcom wskazówek co do właściwej stawki podatku od towarów i usług stanowi dla Izby okoliczność notoryjną (*notorium sądowe*) - vide: np. wyrok z 25.02.2008r sygn. akt KIO/UZP/105/08 oraz wyrok z 1.08.2008r sygn. akt KIO/UZP/737/08. Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dwóch interpretacji podatkowych złożonych na rozprawie

przez przystępującego, zawierają one poglądy prawne ich autora i zostały przez Izbę potraktowane jako twierdzenia uczestnika postępowania odwoławczego. Przy wydawaniu orzeczenia Izba pominęła pismo odwołującego się BUDIMEX DROMEX S.A. z dnia 13.03.2009 r. pt. „Załącznik do protokołu z rozprawy” zawierające polemikę z wywodami zawartymi w złożonej przez przystępującego Konsorcjum MOSTOSTAL opinii doradcy podatkowego w zakresie stawki w podatku od towarów i usług dla wykonania instalacji i przyłączy gazów medycznych. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 2 Pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawą stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Ponadto skoro zgodnie z art. 188 ust. 1 zd. 2 Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można składać aż do zamknięcia rozprawy, to tym bardziej nie jest dopuszczalne odpięcie twierdzeń strony przeciwnej po zamknięciu rozprawy, zwłaszcza, że w czasie rozprawy zarządzała została przerwa w celu zapoznania się przez strony z treścią opinii.

Izba uznała, że w przypadku odwołania wniesionego przez POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. (sygn. akt KIO/UZP/236/09), że odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie się podnoszonego zarzutu tzn. że złożona przez niego oferta jako jedyna zawiera prawidłowo naliczony podatek VAT, przyniosłoby skutek w postaci unieważnienia czynności odrzucenia oferty POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. a przy ponownej ocenie ofert odrzucenie wszystkich pozostałych ofert podlegających ocenie. Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. miałby zatem możliwość uzyskania zamówienia. Okoliczność zaoferowania przez odwołującego się ceny przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie skutkuje zgodnie z orzecznictwem Izby brakiem posiadania interesu prawnego. Odwołanie to jednak według Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do formalnego rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach w związku z art. 2 pkt 1 Pzp - jest cena brutto, istotną jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Zatem ustalenie w konkretnych okolicznościach faktycznych, czy stawkę podatku VAT wykonawca uwzględnił poprawnie w cenie ofertowej (cenie brutto) stanowi *de lege lata* przedmiot rozstrzygnięcia Izby. Podatek VAT - stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach - wchodzi bowiem w zakres ceny oferty. Podkreślono, że przy rozpoznawaniu odwołania Izba zobowiązana jest uwzględnić z urzędu oświadczenia zamawiającego wyrażone w dokumentacji postępowania lub w toku postępowania, w formie odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców. Treść siwz doprecyzowana wyjaśnieniami udzielonymi przez zamawiającego wiąże uczestników postępowania i stanowi podstawowy dokument uwzględniany przez Izbę przy badaniu zarzutów. Rozpatrując zarzuty odwołania Izba ocenia bowiem zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego i w tych granicach Izba bierze pod uwagę naruszenia przepisów prawa materialnego, w okolicznościach sprawy skutkujących błędem w obliczeniu ceny oferty. Pogląd ten jest tym bardziej uprawniony w okolicznościach sprawy, że przepisy ustaw podatkowych zwłaszcza ustawy o podatku od towarów i usług tworzą system o dużym stopniu złożoności, którego funkcjonowanie opiera się w znacznym stopniu na interpretacjach dokonywanych przez organy podatkowe. Nie potwierdził się zarzut zaoferowania przez Konsorcjum MOSTOSTAL ceny rażąco niskiej. Nietrafnie przywołuje odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, co potwierdza orzecznictwo Izby, sądów powszechnych oraz doktryna zamówień publicznych przy ustalaniu dotyczącym możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej uwzględnia się wartość przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający uzyskał szczegółowe wyjaśnienia, które wskazują na czynniki o charakterze obiektywnym mające wpływ na wysokość ceny i Izba nie znalazła podstaw do ich kwestionowania. Również sam odwołujący się nie wniósł w stosunku do nich żadnych zastrzeżeń. Odwołujący się przyznał na rozprawie, że różnice w cenach ofert wynikają przede wszystkim z zastosowania różnych stawek podatku VAT. Nieuzasadnione jest zatem przyjęcie, że Konsorcjum zaoferowało cenę dumpingową w rozumieniu art. 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynność odrzucenia oferty odwołującego się dokonaną przez zamawiającego należało uznać za prawidłową. Odwołujący się zaoferował jednolitą stawkę podatku VAT za realizację

całego przedmiotu zamówienia, a zatem nie uwzględnił wyjaśnień zamawiającego z dnia 20.11.2008 r. oraz z dnia 3.12.2008 r. i nie zastosował dwóch różnych stawek podatku VAT. Wprawdzie wykładnia literalna przywołanych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że zamawiający nie wykluczył definitywnie możliwości zastosowania jednolitej stawki podatku do całego zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jednak ewentualność taka mogłaby zaistnieć tylko w razie przedstawienia stanowiska właściwego organu skarbowego. Organem tym w aktualnym stanie prawnym, wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu w przywoływanych wyjaśnieniach, nie jest urząd skarbowy. Zgodnie z art. 14a ustawy Ordynacja podatkowa obowiązek zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej spoczywa na Ministrze Finansów, który upoważnił do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego dyrektorów Izby Skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Poznaniu i Warszawie - § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego. Odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. nie przedstawił wymaganego przez zamawiającego stanowiska organu podatkowego. Na obecnym etapie postępowania wywodzenie za pomocą argumentacji prawnej, że właściwa jest jedynie jednolita stawka 22% należy według Izby uznać za spóźnione. Udzielając powoływanych wyjaśnień zamawiający zmienił treść siwz w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny wskazując, że co do zasady wystąpią różne stawki VAT dla poszczególnych elementów zamówienia. Wprawdzie wykonawca nie jest zobowiązany do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec treści siwz, to jednak zaniechanie dokonania takiej czynności we właściwym czasie powoduje konsekwencje na dalszym etapie postępowania. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter zawity i nie podlegają przywróceniu. Siwz doprecyzowana przez udzielone wyjaśnienia stała się wiążąca dla zamawiającego i wykonawców (niezależnie od prawnej kwalifikacji treści udzielonych odpowiedzi, bądź jako czynności zmiany treści siwz, bądź jako treści siwz,) najpóźniej po upływie terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp. Skoro odwołujący się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. złożył ofertę zawierającą jednolitą stawkę podatku VAT i nie przedstawił stanowiska organu skarbowego potwierdzającego prawidłowość takiego działania, to obowiązkiem zamawiającego było, w okolicznościach sprawy, odrzucenie oferty. Zamawiający dysponował interpretacją potwierdzającą trafność poglądu o dualizmie stawki podatku VAT przedstawionej przez odwołującego się SKANSKA S.A. - dowód na twierdzenie przeciwne w stosunku do zarzutów odwołania POLIMEX - MOSTOSTAL S.A.

Niezależnie od powyższego Izba uznała za nietrafne wywody prawne oparte o art. 6 ust. 3 Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego się POLIMEX - MOSTOSTAL SA, norma w nim zawarta wskazuje wyłącznie przepisy proceduralne właściwe dla udzielenia zamówienia publicznego i nie wywołuje skutku prawnego w sferze prawnopodatkowej. Podobnie nie może o stawce podatku VAT przesądzić brak dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych. Przytaczane przez odwołującego się orzecznictwo sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich oraz wskazanie na obowiązek "prounijnej" wykładni przepisów prawa w celu wywiedzenia, że w sytuacji, gdy na czynność główną składa się kilka elementów należy uznać je za jedno świadczenie, jedną usługę z ekonomicznego punktu widzenia i jedną czynność podatkową, wskazuje w ocenie Izby na istnienie argumentów przemawiających za prezentowaną przez odwołującego się interpretacją. Do oceny takiej upoważniony jest jednak Minister Finansów i dyrektor właściwej izby skarbowej. W okolicznościach sprawy wyrażone przywoływane poglądy prawne nie mogą mieć wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu odwołania. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W przypadku odwołania wniesionego przez SKANSKA S.A. (sygn. akt KIO/UZP/254/09) Izba uznała, że odwołujący się SKANSKA S.A. posiada również interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną a wobec ustalenia ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania, skutkujące choćby tylko przywróceniem złożonej przez niego oferty do postępowania, da mu możliwość uzyskania zamówienia. Według Izby to odwołanie zasługuje natomiast na uwzględnienie.

Odwołujący się SKANSKA S.A. złożył ofertę zawierającą dwie stawki podatku od

towarów i usług a prawidłowość zastosowanej przez siebie kwalifikacji podatkowej potwierdził interpretacją dyrektora właściwej izby skarbowej. Z pisma dyrektora izby skarbowej w Warszawie wynika, że do przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane oraz dostawy stosuje się dwie stawki podatkowe oraz, że przy wyborze stawki właściwej do opodatkowania dostawy wyposażenia przesądzające jest, czy stanowi ono część składową rzeczy (budynku) w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. W okolicznościach sprawy zestawy sufitowe jednostek zasilających mikrochirurgicznej i chirurgicznej oraz kolumny anestezyjologiczne należy uznać za część składową rzeczy - bloku operacyjnego. Skoro sala operacyjna stanowiąca część bloku operacyjnego, stanowiącego przedmiot zamówienia, nie może pełnić swojej funkcji bez wymienionych elementów wyposażenia, to istnieje między nimi związek o charakterze, co najmniej funkcjonalnym. Skoro montaż kolumny nie może nastąpić w każdym czasie, w dowolnym miejscu sali operacyjnej i nie jest możliwe jej przeniesienie bez doprowadzenia mediów i ingerencji w instalację gazów medycznych (jeśli jej umieszczenie w danym miejscu nie było wcześniej przewidziane), to czynność demontażu i przeniesienia kolumny stanowi ingerencję w fizyczną strukturę budynku bloku operacyjnego, prowadzącą do jego zmiany. Spełniony jest zatem wymóg określony w art. 47 § 2 k.c. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie tylko w powoływanym przez odwołującego się SKANSKA S.A. wyroku z dnia 28.06.2002 roku, sygn. akt I CK 5/02, ale też np. w wyroku z dnia 11.01.2006 roku, sygn. akt II CSK 65/05, gdzie Sąd Najwyższy podniósł, że okoliczność, że istnieje techniczna możliwość odłączenia urządzenia od gruntu, nie jest wystarczająca do uznania, że urządzenie nie jest częścią składową gruntu.

Zaprzeczenie złożone przez przystępującego nie podważa wyrażonej oceny, zwłaszcza, że nie było poparte dowodem na brak funkcjonalnego powiązania między spornymi urządzeniami a budynkiem bloku operacyjnego. Ponadto czynności przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami i oświadczeniem strony, do której przystępuje (art. 184 ust.5 Pzp). Zamawiający nie kwestionował istniejącego powiązania o charakterze funkcjonalnym, podnosił tylko możliwość osobnego nabywania kolumn sufitowych. Okoliczność ta nie przesądza o konieczności zakwalifikowania kolumn jako przynależności budynku bloku operacyjnego w rozumieniu art. 51 § 1 k.c. Skoro kolumny są niezbędne do użytkowania sal w bloku operacyjnym zgodnie z przeznaczeniem, to możliwość wymiany, zastąpienia kolumn przez inne, nie powoduje uznania, że ich połączenie z budynkiem nastąpiło nie dla stałego, a jedynie dla przemijającego użytku. W tym też kontekście nietrafny jest argument zamawiającego, że w przypadku osobnego nabywania kolumn stosowana była stawka 7%. Zamawiający nabywał je jako samodzielny wyrób medyczny podczas, gdy okoliczności postępowania dotyczą pewnej powiązanej fizycznie i funkcjonalnie całości, której część składową stanowią kolumny sufitowe. Nietrafne jest zatem stanowisko zamawiającego, zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że interpretacja dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, na którą powołuje się SKANSKA S.A. potwierdza przyjęty przez niego pogląd. Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz z dnia 15.12.2008 r. wyłączył *de facto* możliwość samodzielnego odbioru fizycznie powiązanych z budynkiem elementów wyposażenia, a więc również kolumn anestezyjologicznych. Nie ulega wątpliwości, że jeżeli zamawiający nie określił w siwz właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT to obowiązek ustalenia właściwej stawki VAT spoczywa na wykonawcach. Jednak jeśli zamawiający twierdzi, że stawka podatku została podana nieprawidłowo i z tego powodu odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to winien twierdzenie to poprzeć dowodem. Na zamawiającym spoczywa bowiem ciężar dowodu, gdyż on ze swoich twierdzeń o wadliwym wskazaniu stawki podatku VAT wywodzi skutek prawny (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie przedstawił dowodu innego niż uwzględniana przez Izbę z urzędu dokumentacja postępowania, a jego stanowisko w sprawie nie może się ostać. Możliwość wyodrębnienia części zamówienia oraz podział na przedmiary, miejsca dokonywania wyceny nie mają znaczenia dla ustalenia klasyfikacji podatkowej, gdyż posiadają znaczenie jedynie poglądowe, stanowią realizację ustawowych obowiązków zamawiającego. W ocenie Izby z przedmiarów i kosztorysów stanowiących załącznik do siwz nie wynika, że poszczególnym elementom przedmiotu zamówienia zamawiający przyporządkował określone stawki VAT, zatem nic nie przemawia za tezą, iż podział ten został dokonany w celu określenia, jaka stawka VAT jest właściwa dla określonych prac. Jeśli jednak zamawiający opisu przedmiotu zamówienia dokonał z myślą o obowiązku podatkowym przyszłych wykonawców, to mógł ten zamysł wyrazić, bądź w treści

siwz, bądź w odpowiedzi na pytania wykonawców. Wprawdzie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku i nie przyznają mu *expressis verbis* stosownego uprawnienia, to jednocześnie żaden z przepisów nie zakazuje zamawiającemu wskazania stawki podatku, jeżeli na etapie przygotowywania postępowania dysponuje taką wiedzą. Z możliwości tej zamawiający korzysta w praktyce. Takie działanie zamawiającego nie tylko nie naruszałoby przepisów prawa, ale też może przynieść skutek w postaci złożenia większej ilości ofert prawidłowych pod względem formalnym i podlegających ocenie, a w konsekwencji zapewnienia większej konkurencyjności postępowania. W okolicznościach faktycznych sprawy zaniechanie podania przez zamawiającego stawki podatku lub choćby wskazania, że stawka podatku przypisana jest, zdaniem zamawiającego, do dokonanego podziału na kosztorysy (mimo, że wykonawcy dołożyli należytej staranności dążąc przez dwukrotne zadawanie pytań do uzyskania wiedzy na ten temat), doprowadziło do odrzucenia 7 z 9 ofert złożonych w postępowaniu i dopuszczeniu do oceny merytorycznej jedynie jednej oferty. Indywidualne uwarunkowania wykonawców skutkujące naliczeniem podatku VAT według stawek innych, niż zakładane przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, nie wykluczają możliwości zredagowania postanowień siwz lub udzielonych wyjaśnień w taki sposób, by ustalenia podatkowe zamawiającego były czytelne i jednoznaczne dla wykonawców. Po pierwsze, zamawiający może zastrzec w siwz, że uzna indywidualne uwarunkowania wykonawców i wskazać podstawę do takiego uznania. Po drugie wykonawcy nie zgadzający się z treścią siwz w odniesieniu do wskazania stawki podatku VAT lub podstaw do ustalenia stawki, mogą wnieść środki ochrony prawnej. W ten sposób zamawiający już na etapie zapoznawania się wykonawców z dokumentacją postępowania, przed złożeniem ofert, może w sposób racjonalny oczekiwać, że oferty nie powinny zawierać błędu w obliczeniu ceny wywołanego nieprawidłowym przypisaniem poszczególnym elementom zamówienia stawki podatku VAT. Należyta staranność zamawiającego w prowadzeniu postępowania winna wyrażać się również w tym, aby przez ukształtowanie postanowień siwz oraz treść udzielanych wyjaśnień, dążyć do ograniczenia konieczności odrzucania ofert poprawnych merytorycznie z powodu uchybień które byłyby możliwe do eliminacji. Jest to szczególnie warte podkreślenia w odniesieniu do podatku VAT. Podanie przez wykonawcę jego błędnej stawki nie pociąga bowiem dla zamawiającego konsekwencji w postaci groźby zmiany ceny oferty. Zmiana wysokości podatku od towarów i usług nie skutkuje możliwością zmiany ceny oferty zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też przepisów kodeksu cywilnego. W stosunku do oferty SKANSKA S.A. groźba taka tym bardziej nie występuje, gdyż w spornych poz. 28 i 29 zastosowana została podstawowa 22% stawka podatku. Zatem odrzucając ofertę odwołującego się SKANSKA S.A. zawierającą zróżnicowane stawki podatku od towarów i usług, których zastosowanie znajduje oparcie w interpretacji udzielonej przez dyrektora Izby Skarbowej zamawiający postąpił niezgodnie z udzielonymi przez siebie wyjaśnieniami i w konsekwencji dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przepisy podatkowe, ich właściwa interpretacja rodzi liczne problemy w praktyce gospodarczej, co szczególnie dotyczy podatku od towarów i usług. Jednak w obecnym stanie prawnym nie można przyjąć, że interpretacja organu skarbowego ma wyłącznie charakter ochronny. Z treści przepisów art. 14 ustawy ordynacja podatkowa, w szczególności z brzmienia art. 14i § 3 wywieść należy, że mimo braku charakteru wiążącego interpretacje służącej mają organom podatkowym, organom kontroli i innym podmiotom do jednoznacznego rozumienia kwestii będących przedmiotem interpretacji oraz do stosowania prawa podatkowego w sposób jednolity.

Izba wskazała nadto, że jakkolwiek przedmiot niniejszego postępowania ma charakter złożony, zarówno pod względem technicznym jak i prawnym i nie można wykluczyć również innej interpretacji prawnopodatkowej czynności związanych z jego realizacją, to wskazać należy, że ryzyko zaistnienia takiej sytuacji jest, w okolicznościach sprawy, ograniczone przez fakt, że wszyscy będący w sporze wykonawcy oraz zamawiający znajdują się we właściwości Izby Skarbowej w Warszawie. Z uwagi na kontrydiktoryjny charakter postępowania przed Izłą przy ocenie zarzutów oprzeć należy się na dowodach przedłożonych przez wykonawców, nie zaś na ewentualnej możliwości uzyskania w przyszłości dowodów na twierdzenia przeciwne. Odwołujący się SKANSKA S.A. potwierdził prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT żądanym przez zamawiającego stanowiskiem organu podatkowego. Konsorcjum MOSTOSTAL zastosowało inny podział stawek podatku, nie przedstawiając dowodu na prawidłowość przyjętego przez siebie podziału. Powyższa

konstatacja skutkuje stwierdzeniem, że podatek zawarty w ofercie Konsorcjum MOSTOSTAL obliczony został nieprawidłowo. Podnieść też należy, że podczas czynności badania oferty tego podmiotu, a następnie dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się SKANSKA S.A. mimo że zawierała stawki podatku VAT wskazane w oparciu o stanowisko organu skarbowego, a uznał za niepodlegającą odrzuceniu ofertę Konsorcjum MOSTOSTAL, która zastosowanego przez siebie podziału stawek nie poparła wymaganym dokumentem. Wyjaśnienia złożone w odniesieniu do poz. 28 i 29 załącznika nr 10 przez Konsorcjum MOSTOSTAL należy uznać za nietrafne również wobec wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 28.03.2007 r. sygn. akt III SA/GI 607/06. Zgodnie z przywołanym wyrokiem „organ podatkowy nie jest uprawniony do (...) opierania interpretacji prawa podatkowego na klasyfikacji statystycznej PKWiU. Organ podatkowy dokonuje interpretacji prawa podatkowego w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Sam ustala, czy dane świadczenie jest dostawą czy usługą w rozumieniu ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535)\".

Izba stwierdziła też, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający zmienił swoje stanowisko. Wzywając Konsorcjum MOSTOSTAL do złożenia wyjaśnień zamawiający stwierdził, że poz. 28 i 29 załącznika Nr 10 stanowią część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. Jednak w dalszym toku czynności wycofał się z przyjętego poglądu, nie mając ku temu wystarczających podstaw. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, jak Izba wskazała powyżej, podział zamówienia na dwa dające się wyodrębnić elementy, podział na poszczególne przedmiary i kosztorysy, klasyfikacja statystyczna, nie przesądza o kwalifikacji podatkowej poszczególnych elementów zamówienia. Również sposób obliczenia ceny oferty wskazany w siwz nie potwierdza prawidłowości stanowiska Konsorcjum. Takie działanie zamawiającego świadczy o arbitralności przy prowadzeniu postępowania, która nie powinna doznawać ochrony. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w sposób transparentny, zapewniający przestrzeganie zasad udzielania zamówienia publicznego. Badając oferty SKANSKA S.A. i Konsorcjum MOSTOSTAL zamawiający nie przestrzegał przyjętych przez siebie ustaleń. Izba mając powyższe na względzie uznała, że zarzuty dotyczące wadliwego odrzucenia oferty SKANSKA S.A. i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTOSTAL potwierdziły się.

Odnosnie odwołania wniesionego przez BUDIMEX - DROMEX S.A. (sygn. akt KIO/UZP/255/09) Izba uznała co następuje :

W tym wypadku odwołujący się posiada również interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się podnosił, że jego oferta jako jedyna zawiera prawidłowo wskazany podatek VAT. Potwierdzenie się podnoszonego zarzutu nie tylko spowoduje przywrócenie złożonej przez niego oferty do postępowania, ale też konieczność odrzucenia pozostałych ofert, w tym dwóch ofert zawierających niższą cenę. Odwołujący się będzie zatem miał możliwość uzyskania zamówienia. Odwołanie to według Izby nie zasługuje jednak na uwzględnienie. Odwołujący się zastosował obliczając cenę oferty dwie stawki podatku VAT uwzględnił w tym zakresie odpowiedzi zamawiającego. Jednak przyjętego przez siebie poglądu o możliwości objęcia 7% stawką podatku instalacji gazów medycznych i przyłączy nie poparł stanowiskiem organu skarbowego. Argumentację przedstawioną przez odwołującego się na rozprawie w oparciu o zasadę autonomii przepisów prawa podatkowego Izba uznała za logiczną i spójną, natomiast argumentację zamawiającego odwołującą się do postanowień siwz, o czym była mowa powyżej, za nietrafną. Wyrażone w odwołaniu i na rozprawie poglądy prawne nie mogą według Izby mieć wpływu na merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu odwołania. Nie znalazły bowiem wyrazu w przesądzającym, w okolicznościach sprawy, stanowisku właściwego organu podatkowego. Odwołujący się nie może się skutecznie powołać na znajdujące się w dokumentacji postępowania interpretacje urzędów skarbowych, z powodu braku ich adekwatności do stanu faktycznego sprawy i jako, że *de lege lata* uprawnionymi do udzielania interpretacji są dyrektorzy izb skarbowych.

Z interpretacji złożonej przez SKANSKA S.A. wynika możliwość opodatkowania 7 % stawką podatku od towarów i usług w odniesieniu jedynie do tych części wyposażenia, które nie będą stanowić części składowych budynku bloku operacyjnego. W odniesieniu do

nich dokonywana będzie odrębna czynność podatkowa polegająca na dostawie wyposażenia (w tym dostawa wyrobów medycznych). Bezsprzecznie instalacja gazów medycznych wraz z przyłączami stanowi część składową bloku operacyjnego - nie zaprzeczył temu sam odwołujący się. Pogląd taki znajduje również oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 18.06.2004 roku sygn. akt II CK 359/03 Sąd Najwyższy wywiódł, że „trwałe, fizyczne i funkcjonalne połączenie konstrukcji ścian, dachu i podłoża z instalacjami energetycznymi przeznaczonymi do doprowadzania, przetwarzania i rozdzielania prądu elektrycznego przesądza o tym, że zarówno budynek, jak i instalacje energetyczne należy uznać za części składowe całości w postaci rzeczy złożonej (art. 47 § 2 k.c.) (...) Po rozłączeniu sama instalacja ani sam budynek nie mogłyby funkcjonować jako stacja transformatorowa. Funkcja jaką mogły spełniać obydwie ww. elementy tylko w zespoleniu oraz cel gospodarczy, dla osiągnięcia którego zostały one skonstruowane, wykluczają możliwość traktowania jako urządzenia w rozumieniu art. 49 k.c. tylko instalacji wewnątrz budynku.” Skoro zatem instalacja gazów medycznych pozostaje w ścisłym fizycznym i funkcjonalnym związku z budynkiem bloku operacyjnego, to jako jego część składowa podlega opodatkowaniu wg stawki VAT 22%, zgodnie ze stanowiskiem dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie złożonym przez SKANSKA S.A.

Ponadto w aktach sprawy znajduje się interpretacja dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, złożona przez Konsorcjum MOSTOSTAL, z której wynika, że do robót budowlanych polegających na wykonaniu instalacji gazów medycznych, znajduje zastosowanie stawka VAT 22%. Skoro zatem samodzielne wykonanie takiej instalacji stanowi czynność opodatkowaną stawką VAT 22%, to tym bardziej uzasadnione jest przyjęcie, że w sytuacji, gdy instalacja taka stanowi część składową budynku bloku operacyjnego, którego budowa objęta jest 22% stawką podatku, wykonanie instalacji w ramach tej budowy, winno być objęte taką samą stawką (*arg. a minori ad maius*). Odwołujący się nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, zatem wywody dotyczące nadania znaku CE oraz zgodności z normami europejskimi nie podważają powyższej oceny. Nie potwierdziły się zatem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podniesione w odwołaniu BUDIMEX DROMEX S.A.

Zdaniem Izby naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych których dopuścił się zamawiający przy badaniu oferty SKANSKA S.A. miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły oferty zawierającej najniższą cenę. Dlatego Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie art. 191 ust.1 Pzp Izba oddaliła odwołania POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. oraz BUDIMEX DROMEX S.A.

Podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że rozstrzygając jeden ze złożonych protestów unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest nierelevantna dla sentencji wyroku. Przede wszystkim na dzień wydania orzeczenia czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty nie została dokonana a jedynie zapowiedziana przez zamawiającego w związku z brzmieniem art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp. Skutkiem potwierdzenia zarzutów mających wpływ na wynik postępowania musi być nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż rozstrzygając protest zamawiający zobowiązał się do wykonania jedynie zadeklarowanych w rozstrzygnięciu czynności, nie związanych z badaniem poprawności obliczenia ceny oferty będącego przedmiotem odwołań. Nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przyniesie skutku w postaci dwukrotnego dokonania tej czynności w postępowaniu. W związku z brzmieniem przywoływanego art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp zamawiający dokona tej czynności dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu — dniu wydania przez Izbę orzeczenia (art. 182 ust.2 pkt 3 Pzp). Dokonując ponownego badania i oceny ofert zamawiający winien wykonać czynności wynikające zarówno z rozstrzygnięcia protestu, jak i z orzeczenia Izby (rozumianego niepodzielnie jako sentencja i uzasadnienie - § 28 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 128, póź. 886), zasądziła wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł w częściach równych od odwołujących się POLIMEX - MOSTOSTAL S.A. oraz BUDIMEX - DROMEX S.A., ograniczając wykazywaną na fakturze kwotę 3.660 zł zgodnie z przywołanym przepisem, mając na względzie, iż z treści rachunku wynika, że kwota wynagrodzenia dotyczy zastępstwa w całości postępowania odwoławczego.

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

Na rozstrzygnięcie Izby Odwoławczej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uczestnik postępowania - Konsorcjum składające się z firm: Mostostal Warszawa S.A., Elektromeks Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o. EKBUD Sp. z o.o. wniósł skargę, zaskarżając ten wyrok w całości. Zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił naruszenie przez KIO następujących przepisów prawa:

1) art. 191 ust. 1a ustawy Pzp - poprzez uwzględnienie odwołania, które zostało oparte na błędnym ustaleniu stanu faktycznego oraz jego subsumcji niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

2) sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zgromadzonego materiału dowodowego - poprzez

a. dokonanie błędnej wykładni interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz Skanska S.A. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 26.11.2008 r. (pismo znak: IPPP1/443-1861/08-2/AW) [dalej: „interpretacja indywidualna Odwołującego”], poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Dyrektor Izby Skarbowej zaaprobował stanowisko Odwołującego, że wyposażenie technologiczne (w tym m.in. kolumna sufitowa z gazami medycznymi) stanowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. i właściwa jest w odniesieniu do niej stawka VAT 22%, a przesądzające dla stwierdzenia możliwości dokonania odrębnej czynności polegającej na dostawie wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych jest uznawanie ich za część składową budynku,

b. nieuzasadnionego uznania przez KIO jako przyznane przez zamawiającego twierdzeń odwołującego, jakoby sala operacyjna pozbawiona kolumny anestetycznej nie mogła prawidłowo spełniać swej funkcji - podczas, gdy z protokołu posiedzenia/rozprawy nie wynika okoliczność przyznania przez zamawiającego takiego faktu,

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - na skutek nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty skarżącego, z uwagi na fakt, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

a także z ostrożności procesowej:

4) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 28 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, póź. 1327 i z 2008 r. Nr 188, poz. 1156) - poprzez zaniechanie wszechstronnego odniesienia się przez KIO co do wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego w proteście, a następnie podtrzymanych w odwołaniu.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku KIO w całości poprzez oddalenie wniesionego odwołania od rozstrzygnięcia protestu,

2) w konsekwencji czynności, o której mowa w pkt 1 nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności podjętych przez zamawiającego w dniu 18 marca 2009 r., a będących konsekwencją ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, tj.:

- a. unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty skarżącego,
- b. unieważnienia czynności unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego,
- c. unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego
- d. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Jako uzasadnienie skargi wskazano, że w dniu 20 lutego 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest odwołującego poprzez uwzględnienie jednego z zarzutów w odniesieniu do oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. oferty skarżącego, poprzez uznanie braku w tej ofercie jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt cech wymaganych przez zamawiającego. W konsekwencji tej czynności zamawiający postanowił o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a w pozostałym zakresie oddalił protest odwołującego. Na powyższe rozstrzygnięcie protestu odwołujący w dniu 27 lutego 2009 r. wniósł odwołanie, które KIO wyrokiem z dnia 17 marca 2009 r. uwzględniła i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 18 marca 2009 r. zamawiający działając w oparciu o dyspozycję art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poinformował wykonawców o ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, w tym o unieważnieniu czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty skarżącego, unieważnieniu czynności z dnia 02-02-2009 r. odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A., podtrzymaniu decyzji z dnia 02-02-2009 r. o poprawnym odrzuceniu ofert Budimex Dromex S.A. i Polimex Mostostal SA, odrzuceniu oferty Skarżącego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. Skarżący nie podzielił stanowiska zajętego przez KIO. W zakresie zarzutu odnoszącego się do sprzeczności istotnych ustaleń KIO z treścią zgromadzonego materiału dowodowego oraz naruszenie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp podniósł on, że rozstrzygnięcie KIO uwzględniające odwołanie wniesione przez Skanska S.A. zostało oparte na błędnym ustaleniu stanu faktycznego oraz jego subsumcji niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, gdyż dokonał on błędnej kwalifikacji podstawy opodatkowania stosując 22% stawkę podatku VAT przy obliczeniu wartości zamówienia na dostawę, montaż i uruchomienie zestawów sufitowych jednostek zasilających (pozycja nr 28 kosztorysu) oraz sufitowej kolumny anestezyjologicznej z monitorem (pozycja nr 28 kosztorysu). Przedmiotowe elementy wyposażenia sal operacyjnych stanowią wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, więc zgodnie z pozycją nr 106 załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług stosuje się do nich stawkę podatku w wysokości 7%. Tym samym z uwagi na błąd w obliczeniu ceny zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. W pełni należy zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu odwołującego. Dodatkowo wskazano, że KIO dokonała błędnej wykładni interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz Skanska S.A. przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 26.11.2008 r. Wskazano także, że na marginesie sprawy pozostaje okoliczność, iż przedmiotowa interpretacja indywidualna została uzyskana przez odwołującego na okoliczność innego postępowania o udzielenie zamówienia, nie mniej jednak pewne tezy generalne w niej zawarte zawierają ustalenia, które można przenieść na grunt przedmiotowego postępowania. KIO przyjęła w sposób całkowicie nieuprawniony tezę nie wynikającą z przedmiotowej interpretacji indywidualnej odwołującego, że cyt. „dyrektor Izby Skarbowej zaaprobował stanowisko odwołującego, że wyposażenie technologiczne (w tym m.in. kolumna sufitowa z gazami medycznymi) stanowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. i właściwa jest w odniesieniu do niej stawka VAT 22%, a przesądzające dla stwierdzenia możliwości dokonania odrębnej czynności polegającej na dostawie wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych jest uznawanie ich za część składową budynku". Z interpretacji indywidualnej odwołującego wynika swoista konkluzja cyt. „dokonywana przez Skanska dostawa wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych

pozycjach załącznika nr 3 do ustawy o VAT, tj. w poz. 70-109 „Towary związane z ochroną zdrowia”, podlega - na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z poz. 106 załącznika nr 3 do ustawy o VAT- opodatkowaniu według stawki podatku w wysokości 7%”. Wskazano, iż ze stanowiskiem tym zgodził się organ uprawniony do wydania wiążącej interpretacji przepisów podatkowych stwierdzając cyt. „W świetle obowiązującego stanu prawnego stanowisko wnioskodawcy [Skanska S.A.] w sprawie oceny prawnej przedstawionego zdarzenia przyszłego uznaje się za prawidłowe”. Jak wynika z opisu stanu faktycznego wniosku o wydanie indywidualnej interpretacji - odwołujący będzie dokonywał dwóch odrębnych

czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT, tj. świadczenia usług budowlanych oraz dokonywania dostawy wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Według wnioskodawcy [odwołującego] kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia czy odwołujący obok świadczenia usług budowlanych będzie dokonywał samodzielnej czynności opodatkowanej VAT, jaką jest dostawa wyposażenia, ma ustalenie czy wyposażenie budynku bloków operacyjnych stanowi świadczenie usług budowlanych i może zostać zakwalifikowane w ramach działu 45 PKWiU (Roboty budowlane). Budynek bloków operacyjnych specjalistycznego szpitala niejaskiego musi zostać wyposażony w urządzenia i aparaturę medyczną niezbędną do jego funkcjonowania zgodnie z jego przeznaczeniem. Jednakże w ocenie wnioskodawcy [odwołującego] pojęcie „budowa budynku” nie obejmuje zaopatrywania budynku w wyposażenie, nie stanowiące jego elementów konstrukcyjnych, a jedynie umożliwiające prawidłowe (zgodne z jego przeznaczeniem) korzystanie z budynku. Jak wynika z treści indywidualnej interpretacji w ocenie wnioskodawcy [odwołującego], jeśli elementy wyposażenia określone przez zamawiającego w dokumentach „Zestawienie wyposażenia” oraz „Zestawienie technologii medycznej” stanowią części składowe budynku bloków operacyjnych w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. wówczas Skanska nie będzie dokonywać odrębnej czynności opodatkowanej polegającej na dostawie wyposażenia. W takim przypadku wnioskodawca [odwołujący] będzie świadczył jedynie usługi budowlane. Cyt. „Natomiast w przypadku tych elementów wyposażenia, które nie będą stanowić części składowych budynku bloków operacyjnych, a więc tych które mogą być odłączone (np. w celu sprzedaży lub montażu w innym szpitalu) od budynku bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego lub budynku, Skanska będzie dokonywać odrębnej czynności opodatkowanej podatkiem VAT jaką jest dostawa wyposażenia, w tym dostawa wyrobów medycznych”. Z przedstawionego powyżej wniosku i uzasadnienia stanowiska wnioskodawcy [odwołującego] o wydanie indywidualnej interpretacji wynika w sposób jednoznaczny, iż intencją odwołującego było uzyskanie interpretacji potwierdzającej możliwość zastosowania 7% stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do dostawy wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych.

Jak zostało to wcześniej wspomniane przedmiotem niniejszego zamówienia jest wybudowanie bloku operacyjnego składającego się z 12 sal operacyjnych, z czego zgodnie z SIWZ tylko 8 z nich należało wyposażać w nowe kolumny anesteziologiczne i zestawy sufitowe, gdyż pozostałe 4 sale operacyjne miały zostać wyposażone w kolumny anesteziologiczne i zestawy sufitowe z innego bloku operacyjnego Szpitala. Niniejsza okoliczność w pełni pokrywa się z treścią wniosku i uzasadnienia stanowiska wnioskodawcy [odwołującego] o wydanie indywidualnej interpretacji cyt. „w przypadku tych elementów wyposażenia, które nie będą stanowić części składowych budynku bloków operacyjnych, a więc tych które mogą być odłączone (np. w celu sprzedaży lub montażu w innym szpitalu) od budynku bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego lub budynku, Skanska będzie dokonywać odrębnej czynności opodatkowanej podatkiem VAT jaką jest dostawa wyposażenia, w tym dostawa wyrobów medycznych”. Skarżący wskazał, że w kontekście powyższego dziwi więc stanowisko odwołującego, który na rozprawie posługując się przedmiotową indywidualną interpretacją twierdził, iż elementy wyposażenia stanowiące wyroby medyczne (kolumny anesteziologiczne i zestawy sufitowe), które mogą być odłączone (np. w celu sprzedaży lub montażu w innym oddziale/szpitalu) stanowią części składowe budynku bloków operacyjnych w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. i podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług stawką podstawową, tj. 22%. Przedmiotowa interpretacja indywidualna w bezsporny sposób potwierdza stanowisko zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny i dokonał wyboru oferty skarżącego. Tym samym błędna wykładnia przez KIO interpretacji indywidualnej odwołującego miała istotny wpływ na wynik odwołania i pozbawienia skarżącego uzyskania

KIO jako bezspornie przyznanie przez zamawiającego twierdzeń odwołującego, jakoby sala operacyjna pozbawiona kolumny anesteziologicznej nie mogła prawidłowo spełniać swej funkcji. Okoliczność przyznania przez zamawiającego przedmiotowych twierdzeń nie wynika z protokołu posiedzenia/rozprawy. Przedmiotowa teza, iż sala operacyjna pozbawiona kolumny anesteziologicznej nie może prawidłowo spełniać swej funkcji jest chybiona również z uwagi na fakt, iż w trakcie rozprawy zamawiający stwierdził, iż w Szpitalu funkcjonują jako czynne zarówno sale operacyjne nie wyposażone w kolumny anesteziologiczne i zestawy sufitowe, jak i sale operacyjne wyposażone w ten sprzęt. Z wiedzy i doświadczenia skarżącego, jako wykonawcy wykonującego szereg zamówień na rzecz szpitali wynika, iż jest to okoliczność powszechnie występująca w tego typu jednostkach. Tym samym, odmowa w wyroku KIO przyznania wiarygodności podnoszonym przez skarżącego okolicznościom poprzez powołanie się, iż przedmiotowe okoliczności zostały przyznane przez zamawiającego jako bezsporne stanowi nadużycie prawa i uniemożliwiało skarżącemu polemikę w tym zakresie.

Z dokumentów postępowania, w szczególności wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz kosztorysów ofertowych na dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia sal operacyjnych i intensywnego nadzoru przy budowie bloku operacyjnego w SPSK nr 4 w Lublinie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że przedmiot zamówienia składa się niejako z dwóch elementów. Pierwszy obejmuje wykonanie prac budowlanych, których efektem końcowym będzie powstanie bloku operacyjnego. Drugi obejmuje dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia centralnej sterylizacji i części wyposażenia 8 sal operacyjnych i sal intensywnego nadzoru, w tym m.in. dwóch zestawów sufitowych jednostek zasilających - mikrochirurgicznej i chirurgicznych (8 kompletów) - poz. 28 załącznika nr 10 do SIWZ oraz sufitowej kolumny anesteziologicznej z monitorem (8 kompletów) - poz. 29 załącznika nr 10 do SIWZ, które mają status wyrobów medycznych, do których zastosowanie znajdzie obniżona stawka podatku od towarów i usług. W przedmiotowej sprawie występuje wiele czynności, które mają doprowadzić do końcowego rezultatu jakim jest powstanie obiektu budowlanego (bloku operacyjnego). Wszelkie czynności, w tym dostawa materiałów budowlanych ma doprowadzić do powstania takiego obiektu. Nie można jednak uznać, że elementami niezbędnymi i koniecznymi dla jego powstania są urządzenia stanowiące jego wyposażenie. Dostawa tych urządzeń nie stanowi niezbędnego elementu świadczenia polegającego na wybudowaniu budynku - bloku operacyjnego. Urządzenia te, nawet w sytuacji ich stałego przytwierdzenia do ścian lub sufitu budynku nie stanowią urządzeń warunkujących prawidłowe korzystanie z samego budynku. To trwałe związania z budynkiem można porównać do zasad dostawy i montażu urządzeń produkcyjnych w budynku. Niektóre z nich wymagają bowiem dla ich prawidłowego użytkowania wykonania odpowiednich prac budowlanych polegających np. na wylaniu fundamentów spełniających określone wymagania techniczne. Fakt późniejszego stałego przytwierdzenia urządzeń do tych fundamentów nie może jednak oznaczać, że urządzenia te stają się częścią składową nieruchomości. Mogą one być bowiem w każdej chwili odłączone bez żadnego uszczerbku dla funkcjonowania samego budynku. Wskazano, że dostrzec również należy, że zgodnie z art. 47 § 2 k.c. „częścią składową rzeczy jest wszystko, co nie może być od niej odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego”. Część składowa z chwilą połączenia z rzeczą nadrzędną traci samodzielny byt prawny. Ponadto jak wynika z art. 47 § 1 k.c. część składowa rzeczy nie może być odrębnym przedmiotem własności. Przy czym, zgodnie z art. 47 § 3 k.c. części składowych nie stanowią przedmioty połączone z rzeczą tylko dla określonego użytku. Odmienne znaczenie, aniżeli podnoszona przez odwołującego i przyznana przez KIO „część składowa”, posiada „przynależność”. Przynależnościami są rzeczy ruchome potrzebne do korzystania z rzeczy głównej zgodnie z ich przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi (art. 51 § 1 k.c.). Przynależność nie traci swego charakteru przez przemijające pozbawienie jej faktycznego związku z rzeczą główną (art. 51 § 3 k.c.). Pojęcie przynależności należy więc odróżnić od pojęcia części składowej, bowiem związek, jaki zachodzi pomiędzy rzeczą przynależną (pomocniczą), a rzeczą główną

jest luźniejszy niż związek pomiędzy częścią składową, a rzeczą główną. Wprawdzie przynależności i części składowe dzielą los prawny rzeczy głównej, lecz w przypadku przynależności zasada ta nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Pomiędzy rzeczą główną a przynależnością zachodzi wyłącznie związek funkcjonalny. Nie ma więc ścisłej więzi fizycznej, która powoduje, że rzecz staje się częścią składową innej rzeczy. W stosunku przynależności występują dwa odrębne podmiotowe prawa własności - do rzeczy głównej i do rzeczy pomocniczej. Zatem przynależność (rzecz pomocnicza) nie traci samodzielnego bytu prawnego wskutek jej związania z rzeczą główną - pozostaje, w przeciwieństwie do części składowej, samoistną rzeczą ruchomą. Dlatego też przynależność może stanowić przedmiot osobnego odbioru, natomiast część składowa nie może być przedmiotem odrębnej dostawy. Aby przedmiotowe urządzenia spełniały definicję części składowej, którą formułuje art. 47 § 2 i 3 k.c. tj. uzyskały atrybut części składowej rzeczy głównej, w tym przypadku budynku (bloku operacyjnego), poprzez połączenie z tą rzeczą musi istnieć:

- a) więź fizykalno-przestrzenna,
- b) więź funkcjonalna (gospodarcza),

a połączenie powinno mieć charakter trwały (nie dla przemijającego użytku). Przy czym przesłanki te muszą być spełnione łącznie. Wskutek takiego połączenia urządzenie (wyposażenie) powinno stracić byt w sensie prawnym, gospodarczym i fizycznym. Zatem nie może samoistnie stanowić rzeczy, lecz stworzyć z budynkiem jedną całość. W kontekście przepisów Kodeksu cywilnego, należy stwierdzić, iż żaden z rozpatrywanych elementów wyposażenia, tj. zestaw sufitowych jednostek zasilających oraz sufitowe kolumny anestezyjologiczne z monitorem, nie wypełnia definicji rzeczy trwale związanych z budynkiem i stanowiących jego część składową. Ich odłączenie nie spowoduje uszkodzenia, lub istotnej zmiany całości bądź też uszkodzenia lub zmiany elementu odłączonego (jego bezużyteczność). Okoliczność tę potwierdził sam zamawiający na rozprawie przed KIO wskazując, że cyt. „wbrew stanowisku odwołującego się - Skanska, kolumnę anestezyjologiczną można przenosić. Z możliwości tej zamawiający zamierza skorzystać, a zaprojektowany strop przewidywał obciążenie wskazywane przez Skanska. W związku z tym, kolumna anestezyjologiczna nie może stanowić części składowej budynku" (por. 3 akapit od góry na 16 stronie protokołu z posiedzenia/rozprawy z dnia 12 marca 2009 r.). *Per analogia* z identyczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku zestawów sufitowych jednostek zasilających. Wyposażenie z chwilą dokonania ich montażu (połączenia z budynkiem) nie straci samodzielnego bytu prawnego. Na skutek tego przedmiotem dostawy będą elementy wyposażenia (kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowych jednostek zasilających) jako odrębne od budynku dostawy, mogące być odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego. Rzeczy te jako zaliczane do części przynależnych winny więc zostać opodatkowane według zasad (przepisów) dla nich właściwych, tj. według stawki właściwej dla danego rodzaju towaru. Na gruncie przepisów podatku od towarów i usług zasadą jest, że przedmiot jednej umowy podlega jednej stawce podatku. Jednakże, przepisy stanowią również, iż konieczne jest opodatkowanie określonych składników dostawy. Zatem okoliczność, iż określone czynności stanowią przedmiot jednej umowy, która z jednej strony obejmuje usługę objętą stawką podstawową podatku oraz z drugiej strony towary opodatkowane obniżoną stawką, nie stoi na przeszkodzie temu, aby usługa i dostawa była opodatkowana według stawki właściwej dla każdej z tych czynności. Przedmiot niniejszego zamówienia jest wybudowanie bloku operacyjnego składającego się z 12 sal operacyjnych, z czego zgodnie z SIWZ 8 sal należało wyposażać w nowe kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe, a pozostałe 4 sale operacyjne miały zostać wyposażone w kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe z innego bloku operacyjnego Szpitala. Wbrew twierdzeniom odwołującego i ustaleniom KIO kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe w zależności od potrzeb zamawiającego mogą być przemieszczane pomiędzy salami operacyjnymi bez ich uszkodzeń i istotnych zmian przedmiotu odłączonego, ponieważ są to urządzenia połączone z budynkiem na czas użytku i w każdej chwili mogą być przeniesione do innych pomieszczeń i tam zamontowane. Szczegółowe usytuowanie kolumn anestezyjologicznych i zestawów sufitowych jest również uzależnione od rodzaju przeprowadzanych zabiegów operacyjnych. Miejsce montażu tych urządzeń każdorazowo należy uzgodnić z kierownikiem bloku operacyjnego, który jest w stanie wskazać właściwe miejsce, tzn. miejsce w polu operacyjnym dla określonych operacji. Inne usytuowanie będzie bowiem przy operacjach neurochirurgicznych, a inne przy

operacjach chirurgicznych. Z tych też względów zamawiający zaprojektował strop monolityczny żelbetowy, który daje swobodę w montażu ww. urządzeń, ponieważ w sposób rozłączny można je dopasować do zmieniających się potrzeb zamawiającego oraz usytuowania pozostałego wyposażenia sal operacyjnych.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazano, że jak wynika z pkt 2 niniejszego uzasadnienia skarżący zastosował prawidłową stawkę podatku od towarów i usług w odniesieniu do wyrobów medycznych, jakimi są kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe. Powyższą okoliczność potwierdza również interpretacja indywidualna odwołującego. Powyższe stanowi o prawidłowości dokonanych przez zamawiającego czynności polegających na odrzuceniu oferty m.in. odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez skarżącego.

Jednocześnie skarżący wniósł o dopuszczenie wniosku dowodowego z interpretacji indywidualnej wydanej przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 12 marca 2009 r. na rzecz Partnera Konsorcjum - Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WAMACO Sp. z o.o., (pismo znak: IPPP3/443-48/09-2/MM), która bezpośrednio odnosi się do zaskarżonego postępowania na Dobudowę bloku operacyjnego w SPSK nr 4 w Lublinie przy ul. Jaczewskiego 8 i została wydana w tej konkretnej sprawie. Wskazać, iż skarżący nie mógł przedstawić przedmiotowego wniosku dowodowego do zamknięcia rozprawy przed KIO, gdyż zamknięcie rozprawy nastąpiło w dniu 12 marca 2009 r., a Skarżący uzyskał go w dniu wydania wyroku przez KIO, tj. 17 marca 2009 r. Nadto wniosek o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie dot. VAT został złożony przez skarżącego w dniu 21 stycznia 2009 r. Przedmiotowy wniosek dowodowy ma zdaniem skarżącego istotne znaczenie dla sprawy, gdyż potwierdza zastosowanie przez skarżącego prawidłowej stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do wyrobów medycznych, jakimi są kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe, *a contrario* potwierdza zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT w ofercie odwołującego, skutkujące jej odrzuceniem. Jak wynika z interpretacji indywidualnej skarżącego cyt.: „Z przedstawionego we wniosku stanu faktycznego wynika, iż Wnioskodawca realizuje zamówienie publiczne pod nazwą: „Dobudowa bloku operacyjnego w SPSK-4 w Lublinie ul. Jaczewskiego 8” dotyczące wykonania m.in. robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych, przyłącza i drogi, a także dostawy wyposażenia sal operacyjnych i OIOM. Przedmiotem zapytania wnioskodawcy [skarżącego] jest stawka podatku VAT na roboty związane z wykonaniem robót sanitarnych - instalacji gazów medycznych oraz przyłączy gazów medycznych, a także stawka podatku dla dostaw wyposażenia sal operacyjnych i OIOM. Odnosząc wskazane regulacje prawne do przedstawionego we wniosku stanu faktycznego stwierdzić należy, iż roboty związane z wykonaniem instalacji gazów medycznych oraz przyłączy gazów medycznych z uwagi na fakt, iż przeprowadzane są w budynku innym niż obiekty budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT podlegają opodatkowaniu według 22% stawki podatku na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy”. (...) „Biorąc pod uwagę stawkę podatkową dla dostawy wyposażenia sal operacyjnych oraz OIOM tut. organ podatkowy pragnie zgodzić się ze stwierdzeniem wnioskodawcy [skarżącego], iż stawka ta zależna jest od klasyfikacji statystycznej Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług poszczególnego wyposażenia tych pomieszczeń. Należy w tym miejscu wskazać na art. 41 ust. 2 ustawy o VAT z którego wynika, że dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Jeżeli poszczególne składniki wyposażenia tych pomieszczeń mieszczą się w grupowaniach statystycznych wskazanych w zał. nr 3 do ustawy o VAT wówczas dla dostawy tych towarów znajdzie zastosowanie preferencyjna stawka w wysokości 7%”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 28 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. 187, poz. 1327 i z 2008 r. Nr 188, poz. 1156) wskazano z ostrożności procesowej, iż KIO naruszyła przepisy prawa materialnego poprzez zaniechanie wszechstronnego odniesienia się co do wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego w proteście, a następnie podtrzymanych w odwołaniu. W wyroku z dnia 17 marca 2009 r., w odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO/UZP 254/09 KIO rozpatrzyła wyłącznie zarzut odnoszący się do prawidłowości/nieprawidłowości zastosowania stawki podatku od towarów i usług przez odwołującego. Na skutek uznania prawidłowości

zastosowania stawki VAT przez odwołującego, KIO orzekła, iż błąd co do VAT-u wystąpił w ofercie skarżącego. Pozostałe zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania przez KIO i nie były przedmiotem wyroku. Jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, iż sentencja wyroku wskazuje na uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego, skarżący z ostrożności procesowej wskazuje na tę okoliczność, uzasadniając ją istnieniem niepewności prawnej co do orzeczenia i jego skutków prawnych oraz braku wiedzy, które zarzuty odwołującego zawarte w proteście zostały uznane przez KIO za udowodnione, a którym KIO odmówiła mocy dowodowej. W kontekście powyższego wskazano, że skarżący odpiera zarzuty podniesione przez odwołującego, i podtrzymuje wszystkie wnioski zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Skanska S.A. z dnia 13 lutego 2009 r. (pismo znak: GT/Z/kr/130209/022).

W odpowiedzi na skargę odwołujący w piśmie z dnia 6 kwietnia 2009 r. wniósł o jej oddalenie w całości. W uzasadnieniu tego stanowiska wskazano, że bezspornym pozostaje, że przedłożona przez Skanska S.A. interpretacja indywidualna wydana przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 26.11.2008r. nie dotyczyła przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skanska S.A. w toku rozprawy wyjaśniła powody, dla których przedłożenie innej interpretacji było niemożliwe (3 m-czy termin zgodnie z art. 14 d) Ordynacji podatkowej) jednocześnie wskazując na te jej istotne elementy, które pozwalały twierdzić o analogicznym stanie faktycznym, co nie było kwestionowane przez zamawiającego ani skarżącego. Nie jest prawdą jakoby KIO uzasadniając swoje rozstrzygnięcie odwoływało się do cytowanego przez skarżącego twierdzenia, że to dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie miał decydować w swej interpretacji o tym, czy kolumny anestezyjologiczne oraz kolumny zasilające chirurgiczne i mikrochirurgiczne stanowią część składową budynku. Dokładna analiza rzeczowej interpretacji oraz uzasadnienia wyroku KIO prowadzi do wniosku, że dyrektor Izby Skarbowej zaaprobował jedynie stanowisko, iż jeśli wyposażenie technologiczne (w tym, m.in. kolumna sufitowa) stanowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. to właściwa jest w odniesieniu do niej stawka 22%. Nie do przyjęcia jest stanowisko skarżącego, który definicję części składowych zawartą w przepisie art. 47 § 2 k.c. ogranicza jedynie do pierwszej części cyt. przepisu uznając, iż o części składowej można mówić jedynie w sytuacji, w której odłączenie rzeczy powoduje jej uszkodzenie bądź uszkodzenie rzeczy, od której zostaje odłączona. W/w przepis stanowi także, iż za część składową uznać należy także rzecz, której odłączenie spowoduje istotną zmianę całości lub zmianę przedmiotu odłączanego. W okolicznościach sprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz przedstawionych argumentów w toku rozprawy przed KIO w tym powołanego, bogatego orzecznictwa SN, ustalono, że sala operacyjna, stanowiąca część bloku operacyjnego, stanowiącego przedmiot zamówienia, nie może pełnić swojej funkcji bez w/w elementów wyposażenia, co powoduje, że istnieje między nimi związek przynajmniej funkcjonalny. Ponadto, skoro montaż kolumn nie może nastąpić w każdym czasie, w dowolnym miejscu sali operacyjnej i nie jest możliwe jej przeniesienie bez doprowadzenia mediów i ingerencji w instalację gazów medycznych, to czynność demontażu i przeniesienia kolumny stanowi ingerencję w fizyczną strukturę budynku bloku operacyjnego, prowadząca do jego zmiany.

Co istotne, w świetle przedstawionych i popartych stosownymi dowodami argumentów oraz bogatego orzecznictwa sam fakt możliwości demontażu, czy wymiany rzeczy nie może przesądzać o tym, że została ona zamontowana jedynie na czas przemijający. Zamawiający nie kwestionował istniejącego powiązania o charakterze funkcjonalnym, a podnosił jedynie możliwość osobnego nabywania kolumn sufitowych, co jednak nie może przesądzać o tym, iż elementy te uznać należy za przynależności. Skoro bowiem, jak wykazano, kolumny przedmiotowe są niezbędne do użytkowania sal w bloku operacyjnym zgodnie z przeznaczeniem (tak opis zamówienia publicznego), to możliwość wymiany, czy zastąpienia kolumn przez inne, nie może powodować uznania, że ich połączenie z budynkiem nastąpiło jedynie dla przemijającego użytku. Należyte wykonanie zamówienia polegało nie tylko na wybudowaniu ale i wyposażeniu sal operacyjnych w niezbędny sprzęt. Co ważne przedmiotowe kolumny stanowiły istotną część zamówienia a sposób i miejsce ich montażu było z góry określone i polegało na trwałym połączeniu z konstrukcją budynku determinowane dodatkowo miejscem doprowadzenia mediów w tym gazów medycznych. W tym kontekście - jak podkreśliło KIO - za nietrafny należy uznać argument jakoby za zastosowaniem 7% stawki miał przemawiać fakt, iż zamawiający nabywał wcześniej

kolumny z taką właśnie stawką. Rzeczy te były bowiem nabywane jako samodzielne wyroby medyczne, podczas, gdy przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje jednoznacznie na powiązaną fizycznie i funkcjonalnie całość, której częściami składowymi są między innymi przedmiotowe kolumny. Zamawiający prezentował identyczne stanowisko, a jego zmiana tuż przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty nie została w żaden sposób uzasadniona. Wskazano, że dziwi przy tym stanowisko skarżącego, który z jednej strony forsuje pogląd, iż przedmiotowe kolumny stanowią przynależność, a z drugiej podnosi, iż przedmiotowe kolumny nie były niezbędne do korzystania z sal operacyjnych zgodnie z ich przeznaczeniem.

Nie bez znaczenia dla oceny i w efekcie rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy przez KIO miały także, co zostało podkreślone w uzasadnieniu, „gołosłowne” twierdzenia zamawiającego i skarżącego nie poparte żadnymi dowodami. Prawidłowo KIO podniosło, iż to na stronie wywodzącej skutki prawne ze swych twierdzeń spoczywa obowiązek przedłożenia stosownych dowodów- (tak art. 188 PZP, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 PZP). W tych okolicznościach trudno zgodzić się zdaniem odwołującego z zarzutem skargi co do sprzeczności ustaleń KIO z treścią zgromadzonego materiału dowodowego. Za nie trafiony zdaniem uczestnika uznać należy także argument jakoby o niewłaściwym rozstrzygnięciu KIO miało decydować stanowisko zawarte w przedłożonej przez skarżącego interpretacji dyrektora Izby skarbowej w Warszawie. Jak wynika z przedmiotowej interpretacji, nie odnosi się ona w ogóle do kwestii części składowych a rozstrzyga jedynie o stawce podatku dla rzeczy, które zostały sklasyfikowane jako wyroby medyczne. KIO ani strona przeciwna nigdy nie kwestionowała, że przedmiotowe kolumny stanowią wyroby medyczne. Istota sprowadza się jednak do tego, czy wyrób medyczny będący jednocześnie częścią składową budynku powinien być objęty stawką podatku 7% czy może 22%. Przedstawiona interpretacja nie rozstrzyga tej kwestii. W świetle doktryny, wskazanego przez Skanska oraz KIO orzecznictwa, jak i stanowiska skarżącego i zamawiającego sam fakt, iż dany element jest wyrobem medycznym nie może i nie determinuje wysokości stawki podatku (gazy medyczne). Jak pokazuje interpretacja indywidualna przedłożona przez Skanska S.A. w sytuacji, w której wyrób medyczny jest jednocześnie częścią składową budynku (sali operacyjnej) zastosowanie mieć będzie stawka podstawowa - 22%, a nie 7% stawka przewidziana dla wyrobów medycznych. Stąd uznać trzeba, że te obie interpretacje nie wykluczając się wzajemnie stanowią pewnego rodzaju uzupełnienie i potwierdzenie stanowisk z zastrzeżeniem, że ta przedłożona przez Skanska dodatkowo rozstrzyga problem wyrobu medycznego stanowiącego jednocześnie część składową sali operacyjnej. W okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, że nawet, gdyby KIO znało przedmiotową interpretację (załączoną do skargi), to nie miałoby to żadnego wpływu na rozstrzygnięcie zdaniem odwołującego. Interpretacja ta stwierdza bowiem oczywiste fakty

23
potwierdzające, iż stawka dla wyrobu medycznego wynika z zał. Nr 3 do ustawy o VAT i wynosi 7%. Co jednak istotne w żadnej mierze nie rozstrzyga kwestii, co w przypadku, gdy ten wyrób medyczny jest jednocześnie częścią składową. Nie udziela więc odpowiedzi na pytanie będące jedną z dwóch przesłanek rozstrzygnięcia KIO. Wskazano nadto, że przedstawiony w interpretacji tej stan faktyczny nie odpowiada do końca rzeczywistości. Przedmiot opisanego zamówienia nie ogranicza się bowiem do dostawy wyposażenia, ale stanowi także o montażu. W przypadku elementów wskazanych w poz. 28 i 29 kosztorysu montaż polega na wykonaniu robót budowlanych, czego przedstawiony w interpretacji stan faktyczny nie przewiduje. Mając to na uwadze, nie można zarzucić, że rozstrzygnięcie KIO było nieprawidłowe czym naruszało by przepis art. 89 ust. 1 pkt. PZP.

Za zupełnie niezrozumiałe według odwołującego uznać należy zarzut skargi odnoszący się do naruszenia przepisów prawa materialnego w art. 192 ust.2 ustawy PZP oraz §28 ust. 1 pkt.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Analiza uzasadnienia jednoznacznie wskazuje, że wypełnia ono przesłanki wskazane w art. 192 ust.2 ustawy oraz §28 ust. 1 pkt.4 w/w rozporządzenia. Odwołanie strony przeciwnej opierało się na zarzucie niezgodnych z prawem działań zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Skanska S.A. i wyborze oferty skarżącego Konsorcjum z uwagi na przyjęcie przez zamawiającego niewłaściwej- zdaniem Skanska- stawki VAT dla elementów wskazanych w pozycji 28 i 29 kosztorysu.

W składanych w toku postępowania odwoławczego pismach procesowych uczestnicy postępowania podtrzymali prezentowane wcześniej stanowiska w sprawie .

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy rozpoznając przedmiotową skargę ustalił i zważył co następuje :

Wnieiona skarga jest zasadna i zasługuje na jej uwzględnienie chociaż Sąd Okręgowy nie podziela zasadności wszystkich zarzutów w niej podniesionych .

W ocenie Sądu Okręgowego, wbrew twierdzeniom skarżącego zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie został wydany z naruszeniem przepisów postępowania określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku - prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655 , ze zm.). Brak jest w szczególności podstaw do stwierdzenia, iż poczynione na gruncie przedmiotowego orzeczenia ustalenia faktyczne stoją w sprzeczności z materiałem dowodowym zgromadzonym przez Izbę tj. że doszło tu do naruszenia art. 188 ust. 7 w/w ustawy. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skład orzekający dokonuje więc oceny wyników postępowania dowodowego zgodnie z regułą swobodnej oceny dowodów, mając jednak na względzie zasady doświadczenia życiowego oraz reguły logicznego rozumowania, tj. bacząc aby z zebranego materiału dowodowego wyprowadzić wnioski tylko racjonalnie uzasadnione. Wskazać przy tym należy, iż w sytuacji gdy z określonego materiału dowodowego sąd ,a w niniejszym przypadku izba odwoławcza wyprowadziła wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej również w przepisie art. 233 kpc (statuującego tę regułę w procesie cywilnym), choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne (wyrok SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273).

Dokonując ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza oparła się na materiale dowodowym przedłożonym przez uczestników postępowania odwoławczego , dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności wzięła pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie przeprowadzonej przed nią rozprawy. W ocenie Sądu Okręgowego poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne zatem znajdują potwierdzenie w powołanym materiale dowodowym, jak również nie naruszają zasady swobodnej oceny dowodów. Odmienna ocena tychże dowodów dokonana przez skarżącego stanowi jedynie polemikę z prawidłowymi ustaleniami Izby Odwoławczej. Wbrew zarzutom skargi wskazać należy, iż powyższe ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i ich ocena prawna oraz stanowiąca podstawę ustaleń faktycznych ocena przeprowadzonych w toku postępowania dowodów są prawidłowe i Sąd Okręgowy podziеляjąc je, przyjmuje za własne, co sprawia, iż nie zachodzi potrzeba ich powtarzania (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97 - OSNAP 1998 nr 9, poz. 104 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1999 r., I PKN 521/98 - OSNAP 2000, nr 4, poz. 143).

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest zasadny zarzut odnoszący się do sprzeczności istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zgromadzonego materiału dowodowego poprzez dokonanie błędnej wykładni interpretacji indywidualnej wydanej na rzecz Skanska S.A. przez dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie pismem z dnia 26.11. 2008 r. (pismo znak: IPPP1/443-1861/08-2/AW) poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że dyrektor Izby Skarbowej zaaprobował stanowisko odwołującego, że wyposażenie

technologiczne (w tym m.in. kolumna sufitowa z gazami medycznymi) Sternowi część składową budynku w rozumieniu art. 47 § 2 k.c. i właściwa jest w odniesieniu do niej stawka VAT 22%, a przesądzające dla stwierdzenia możliwości dokonania odrębnej czynności polegającej na dostawie wyposażenia, w tym dostawy wyrobów medycznych jest uznawanie ich za część składową budynku. Z treści interpretacji indywidualnej pochodzącej od dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, którą w materiale dowodowym dysponowała Izba wynika, że organ ten w powyższej interpretacji indywidualnej nie przesądził o charakterze prawnym urządzeń ujętych pod spornymi poz. 28 i 29, ani też tym bardziej sam nie określił ich charakteru prawnego, ani też wreszcie nawet nie próbował tego czynić. W interpretacji tej przesądzono jedynie o tym, jaka stawka podatku VAT może mieć tu w ogóle zastosowanie tj. jaka będzie wysokość podatku, jaki będzie należny podatek, gdy urządzenia te będą stanowiły część składową przedmiotu zamówienia - budynku mieszczącego sale operacyjne oraz gdy nie będą stanowiły takiej części składowej. W treści tej interpretacji indywidualnej wskazano jedynie, że w przypadku gdy elementy wyposażenia będą stanowiły elementy składowe budynku - bloków operacyjnych w takim przypadku dostawca będzie świadczył jedynie usługi budowlane, natomiast w przypadku elementów wyposażenia, które nie będą stanowiły takich części składowych, które mogą być odłączone będą one traktowane jako dostawa wyposażenia w tym dostawa wyrobów medycznych. Tak też została ta indywidualna interpretacja oceniona przez Izbę co jednoznacznie wynika z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia. Zarzut zatem, że Izba z interpretacji wywiodła, że urządzenia te zostały w niej zakwalifikowane jako części składowe rzeczy nie znajduje podstaw i oparcia w treści tego uzasadnienia. Sama Izba dopiero na podstawie materiału dowodowego znajdującego się w aktach jednocześnie samodzielnie ustaliła jaki charakter prawny mają te urządzenia oraz wskazała, że w jej ocenie są to części składowe rzeczy.

Na marginesie należy tylko wskazać, że powyższy dokument był jedynym dowodem w tym zakresie jakim dysponowała Izba w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. Pozostałe dowody zostały dołączone przez skarżącego dopiero w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi. Sąd Okręgowy te dowody dopuścił bowiem skarżący wykazał, że nie dysponował nimi w czasie postępowania

25

odwoławczego, a tym samym nie doszło tu do naruszenia przepisu art. 381 i 382 kpc.

Izba nadto wyraźnie i prawidłowo wskazała, że ciężar dowodu obciążał w

powyższym zakresie zamawiającego. W tym zaś zakresie takie dowody nie zostały ani przez zamawiającego ani tym bardziej przez skarżącego przedłożone w postępowaniu odwoławczym. Tym samym nie dysponowała ona żadnym innym dowodami, żadnym innym materiałem dowodowym, który by jej pozwolił dokonać innych ustaleń niż te, których dokonała na podstawie powyższej interpretacji indywidualnej tj. ustaleń odmiennych i sprzecznych z treścią powyższej interpretacji indywidualnej.

Nie jest także zasadny zarzut odnoszący się do sprzeczności istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zgromadzonego materiału dowodowego poprzez nieuzasadnione uznanie przez KIO jako przyznane przez zamawiającego twierdzeń odwołującego, jakoby sala operacyjna pozbawiona kolumny anestezyjologicznej nie mogła prawidłowo spełniać swej funkcji - podczas, gdy z protokołu posiedzenia/rozprawy nie wynika okoliczność przyznania przez zamawiającego takiego faktu. Skarżący uzasadniając ten zarzut wskazał, że sala operacyjna pozbawiona kolumny anestezyjologicznej nie może prawidłowo spełniać swej funkcji jest chybiona również z uwagi na fakt, iż w trakcie rozprawy zamawiający stwierdził, iż w szpitalu funkcjonują jako czynne zarówno sale operacyjne nie wyposażone w kolumny anestezyjologiczne i zestawy sufitowe, jak i sale operacyjne wyposażone w ten sprzęt. Z uzasadnienia skargi w tej części wynika zatem jakoby Izba dokonała ustaleń w tym zakresie wbrew wyraźnym zapisom w protokole z rozprawy o tym, że znajduje się tam twierdzenie zamawiającego odnoszące się do istnienia u niego sal operacyjnych czy pomieszczeń wykorzystywanych jako sale operacyjne bez tych urządzeń. Zasadność tego zarzutu podobnie jak zarzutu poprzedniego nie ma natomiast potwierdzenia w treści powyższego protokołu, który znajduje się w aktach przedmiotowego postępowania. Z treści tego protokołu wynika jedynie, że zamawiający zamierzał przetranszować

przedmiotowe urządzenia pomiędzy salami operacyjnymi i temu miały służyć między innymi specjalne stropy . Zamawiający jak zasadnie to uznała natomiast Izba nie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego ,że montaż kolumny nie może nastąpić w każdym czasie, w dowolnym miejscu sali operacyjnej i nie jest możliwe jej przeniesienie bez doprowadzenia mediów i ingerencji w instalację gazów medycznych (jeśli jej umieszczenie w danym miejscu nie było wcześniej przewidziane) . W protokole z rozprawy brak jest także zapisu na który w uzasadnieniu swojego zarzutu w tym zakresie powołał się skarżący . Izba w tym zakresie dokonała zatem prawidłowych ustaleń opierając się między innymi na przepisach odnoszących się do domniemań i w tej części nie doszło do naruszenia tych przepisów.

W niniejszym przypadku nie miało miejsca przyznanie pewnych faktów wprost przez zamawiającego . Za „fakty przyznane” bowiem rozumie się w nauce i praktyce fakty twierdzone przez jedną stronę i potwierdzone, jako zgodne z prawdą przez stronę przeciwną (działającą osobiście lub przez pełnomocnika procesowego w drodze wyraźnego oświadczenia wiedzy (przyznania) złożonego w toku (w każdym stadium) konkretnego postępowania (ustnie do protokołu lub pisemnie). Takie przyznanie w niniejszym postępowaniu przed Izłą , jak wskazano wyżej nie mogło mieć miejsca . Jednocześnie należy jednak wskazać ,że w świetle przepisu art. 230 kpc (domniemanie przyznania) sąd w tym przypadku Izba może natomiast uznać za przyznane przez stronę niezaprzeczone twierdzenia strony drugiej tylko w wypadku, gdy takie domniemane przyznanie uzasadnia wszechstronne rozważenie wszystkich okoliczności sprawy (por. orzeczenie SN z dnia 27 maja 1971 r., II CR 122/71, niepubl.). Zapis o podobnej treści i skutkach został także przyjęty przez ustawodawcę w przepisie art. 188 ust. 5 niniejszej ustawy . Wskazano tam bowiem ,że fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przyjęcie zatem przez Izłą za ustalone, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, okoliczności faktycznych wskazanych przez stronę, i nie zakwestionowanych przez stronę przeciwną a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku co do

26
twierdzeń strony odwołującej się w powyższym zakresie według judykatury nie stanowi naruszenia tego przepisu (zob. orzeczenie SN z dnia 16 października 1997 r., II CKN 396/97, niepubl.). Chociaż zatem nie można było znaleźć podstaw, by uznać za przyznany wprost powyższy fakt to już w drodze braku wypowiedzenia się przez zamawiającego co do twierdzeń innego uczestnika postępowania - odwołującego się Sąd Okręgowy w ślad za Izłą uznał za przyznane przez tę stronę niezaprzeczone twierdzenia strony drugiej w przywołanym powyżej zakresie bowiem takie domniemane przyznanie uzasadnione było wszechstronnym rozważeniem wszystkich okoliczności sprawy .

Nie jest wreszcie w ocenie Sądu Okręgowego zasadny kolejny zarzut skargi odnoszący się do art. 192 ust. 2 ustawy oraz § 28 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań poprzez zaniechanie wszechstronnego odniesienia się przez KIO co do wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego w odwołaniu . W zakresie odnoszącym się do zarzutu naruszenia przepisów o nieuczciwej konkurencji Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia odniosła się bowiem szczegółowo uzasadniając zasadność innych odwołań .Zarzut ten był bowiem zawarty nie tylko w odwołaniu uczestnika postępowania jakim jest Skanska , ale również w odwołania innych podmiotów , które były rozpoznawane przez Izłą . Nie zachodziła w ocenie Sądu Okręgowego zatem potrzeba szczegółowego odnoszenia się do niego w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia w przypadku każdego z odwołań z osobna , bo tym samym to by się sprowadzało tylko i wyłącznie do powielania argumentacji w tej części . Tak więc odnosząc się do zarzutu dotyczącego się treści uzasadnienia należy stwierdzić ,że brak jest podstaw aby zgodzić się z krytyczną oceną uzasadnienia zaskarżonego wyroku dokonanego przez Izłą jaką przedstawił w uzasadnieniu skargi skarżący . Argumentacja tej części przedstawiona w uzasadnieniu przez Izłą jest wystarczająca do uznania za nieskuteczny powyższy zarzut skarżącego .

Nawet jednak gdyby w tej części zarzut skarżącego był zasadny to i tak by nie mógł on sam przez się przesądzić o zasadności wniesionej skargi i prowadzić do zmiany zaskarżonego orzeczenia Izby . W tym miejscu należy bowiem wskazać ,że zarzuty

naruszenia prawa procesowego mogą być skutecznymi zarzutami apelacyjnymi, a w niniejszym przypadku zarzutami skargi tylko wtedy, gdy zarzucane uchybienia procesowe zaistniały i miały wpływ na treść wyroku. Uzasadnienie w tym względzie by natomiast i tak nie zawierało tak kardynalnych braków, które by uniemożliwiły kontrolę instancyjną. Jak stwierdził nadto Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lutego 2001 r. naruszenie przepisu określającego wymagania jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku może być oceniane jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy w sytuacjach wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (sygn. akt V CKN 606/00, LEX nr 53116). Taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszym przypadku. Na marginesie należy także wskazać, że okoliczność, że w uzasadnieniu nawet nie odniesiono się do wszystkich zarzutów pozostaje bez znaczenia w sytuacji, gdy skargę wniósł nie odwołujący się, a uczestnik, który sam zarzutów takich w postępowaniu przed Izbą nie zgłaszał.

Zasadny w ocenie Sądu Okręgowego jest natomiast zarzut odnoszący się do błędnej subsumcji stanu faktycznego - niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa tj. odwołujący się do dokonanej przez Izbę oceny charakteru prawnego spornych urządzeń stanowiących wyposażenie sali operacyjnej. Zdaniem Sądu Okręgowego skarżący zasadnie zarzucił, że ocena ta była wadliwa i błędna. Izba jak wskazano powyżej na podstawie własnej oceny uznała je za części składowe rzeczy. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela trafność argumentacji przywołanej przez skarżącego w uzasadnieniu skargi. Trafnie skarżący podnosi, że urządzenia te mają charakter przynależności a nie części składowych rzeczy.

Częścią składową rzeczy jest wszystko, co nie da się od niej odłączyć bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego. Wskutek takiego połączenia przedmiot połączony traci jednak samodzielny byt w sensie fizycznym, gospodarczym i prawnym, stanowiąc z pozostałymi składnikami rzeczy jedną całość traktowaną w obrocie jako dobro samoistne (rzecz w znaczeniu techniczno-prawnym). Jak powszechnie przyjmuje się o tym, czy określona rzecz ma charakter części składowej decyduje związek fizykalno-przestrzenny, związek funkcjonalny oraz związek o charakterze trwałym. Częścią składową rzeczy jest to, co jest połączone w sensie fizycznym, a nie tylko gospodarczym. Chodzi o intensywne, mocne połączenie w tym stopniu, że odłączenie spowodowałoby zasadniczą zmianę. Tym samym o tym, czy określone elementy stanowią części składowe jednej rzeczy złożonej, rozstrzyga obiektywna ocena znaczenia istniejącego między nimi powiązania, przy czym nie ma znaczenia, że elementy te da się technicznie łatwo zdemontować (wyr. SN z dnia 28 czerwca 2002 r., I CK 5/02, Pr. Bankowe 2002, nr 12, s. 17). Stąd też okoliczność, że istnieje techniczna możliwość odłączenia nie jest wystarczająca do uznania, że dana rzecz nie jest częścią składową innej rzeczy (wyr. SN z dnia 11 stycznia 2006 r., II CSK 65/05, Lex nr 191130, por. też komentarz do art. 47 kc: M. Bednarek, Mienie. Komentarz do art. 44-55(3) Kodeksu cywilnego, Zakamycze, 1997, A. Kidyba (red.), K. Kopaczńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009, K. Piasecki, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Zakamycze, 2003, Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I pod redakcją K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 1997, Kodeks cywilny, Komentarz pod redakcją E. Gniewka, Wydanie 3, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2008). Przynależnościami są zaś rzeczy ruchome potrzebne do korzystania z innej rzeczy, tj. rzeczy głównej, zgodnie z jej przeznaczeniem, jeżeli pozostają z nią w faktycznym związku odpowiadającym temu celowi. W tym przypadku mamy zatem także do czynienia ze związkiem funkcjonalnym między rzeczą główną a rzeczą pomocniczą. Rzecz pomocnicza jest potrzebna do korzystania z rzeczy głównej, co wcale nie oznacza, że rzecz główna nie spełnia swojej funkcji ekonomicznej bez przynależności. Związek między rzeczą główną i pomocniczą również nie musi mieć charakteru stałego, nierozzerwalnego związku. Przynależności mogą mieć charakter samoistny i z reguły mogą być traktowane jako rzeczy mogące być przedmiotem samoistnego obrotu cywilnoprawnego. Oznacza to, że rzecz główna i przynależność są odrębnymi rzeczami, a przynależność nie traci charakteru rzeczy samodzielnej i to odróżnia je od części składowej, która traci zawsze charakter samoistny z chwilą połączenia (por.

komentarz do art. 51 kc powyższych komentatorów).

Skoro zatem sporne urządzenia mogą być swobodnie przenoszone pomiędzy poszczególnymi salami operacyjnymi tj. z jednych sal operacyjnych do innych sal , pod warunkiem jednak ,że będą one do tego przystosowane (tj. sale operacyjne będą przystosowane do zamontowania tych przeniesionych urządzeń) oznacza to i zarazem sprawia ,że wskutek takiego połączenia przedmiot połączony - sporne urządzenie nie traci w ogóle samodzielnego bytu w sensie fizycznym, gospodarczym i prawnym, jak również nie stanowi ono z pozostałymi składnikami rzeczy jednej całości traktowanej w obrocie jako dobro samoistne. Skoro istnieje tu zatem nie tylko możliwość ich swobodnego odłączenia od rzeczy bez ingerencji w jej istotę czy też byt, jak również w istotę i byt samych spornych urządzeń , to także wobec takich właśnie działań nie tracą one charakteru rzeczy tak już po ich połączeniu , a tym bardziej po ich odłączeniu. Powyższe zatem sprawia ,że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z przynależnością a nie częścią składową.

O zasadności skargi w tym zakresie nie mogły jednak przesądzać same przez się interpretacje indywidualne złożone tak w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, jak też w postępowaniu skargowym przez skarżącego jak to w jednym z pism procesowych złożonych w postępowaniu skargowym zarzucił uczestnik postępowania . Z ostatniej jednakże takiej interpretacji dołączonej do pisma z dnia 24 kwietnia 2009 r. , a pochodzącej z dnia 20 kwietnia 2009 r. i odnoszącej się bezpośrednio i wprost do niniejszego postępowania

28
przetargowego wynika jednak ,że organ który ją wydał dokonał także oceny charakteru prawnego tych urządzeń , która jest zgodna z oceną dokonaną przez tutejszy Sąd .Będzie więc to tym bardziej istotne znaczenie ,że interpretacja ta będzie stanowić podstawę do ustalenia należnych stawek podatku VAT od przedmiotowych urządzeń , które to stawki są korzystniejsze dla zamawiającego od tych stawek zaproponowanych i przyjętych dla określenia ceny przez uczestnika postępowania . Tym samym interpretacja ta wpłynie będzie na określenie wysokości ceny zamówienia . W tym miejscu warto także wskazać ,że z poszczególnych indywidualnych interpretacji jasno wynika ,że stawka podatku VAT jest uzależniona od tego czy urządzenia po ich dostarczeniu i zamontowaniu będą stanowić części składowe rzeczy czy też nie.

Mając powyższe na względzie należy zatem stwierdzić ,że tym samym zasadny okazał się także zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 powyższej ustawy - na skutek nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty skarżącego, z uwagi na fakt, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Do tego bowiem sprowadzały się konsekwencje wydania zaskarżonego orzeczenia przez Izbę .

W tej sytuacji, mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności należało stwierdzić ,że istniały podstawy do uwzględnienia przedmiotowej skargi. Dlatego też, Sąd Okręgowy działając na podstawie powołanych przepisów oraz na mocy art. 198 ust 2 ustawy orzekł o jej uwzględnieniu zmieniając częściowo zaskarżony wyrok.

W tym miejscu należy także wskazać ,że chociaż z treści zawartej na wstępie skargi wynikało , że dotyczy ona całości orzeczenia to jednak z podniesionych w niej zarzutów oraz wniosków skargi wynikało już jednoznacznie , że odnosiła się ona faktycznie tylko do tego zakresu zaskarżonego orzeczenia , w którym zostało uwzględnione odwołanie , a nie do tej jego części, w której pozostałe odwołania zostały oddalone . Z treści skargi wynikało także , że przedmiotem zaskarżenia nie było również rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie kosztów postępowania . Przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w orzeczeniu mogły być nadto tylko i wyłącznie czynności , które objęte były odwołaniem , a zatem te do których faktycznie odnosiło się zaskarżone orzeczenie Izby . Przedmiotem skargi nie mogły być zaś te czynności zamawiającego , które miały miejsce w terminie późniejszym i nie były objęte przedmiotem postępowania odwoławczego i nie zostały przez zamawiającego podjęte w wyniku wydania zaskarżonego wyroku Izby .

Mając powyższe na względzie orzeczono jako w punkcie I sentencji wyroku.

Ponieważ skarżący wygrał sprawę w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi, należało na podstawie art. 98 kpc i art. 108 kpc zasądzić na jego rzecz od zamawiającego kwotę 3 000 zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego toczącego się przed Sądem Okręgowym. Na sumę tę składała się kwota z tytułu uiszczonej przez skarżącego opłaty od skargi.

Z tego względu o kosztach postępowania za instancję odwoławczą orzeczono jak w punkcie II sentencji wyroku.