Sygn. akt KIO 275/18

WYROK
z dnia 2 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lutego 2018 r.** przez **wykonawcę PKOB WEGNER Sp. z o.o. Sp. K. Rudki 10 62-240 Trzemeszno** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiat Krotoszyński, ul. 56 Pułku Piechoty Wlkp. 10 63-700 Krotoszyn**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] „Komputronik Biznes" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] „Infracon Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **PKOB WEGNER Sp. z o.o. Sp. K. Rudki 10 62-240 Trzemeszno**

   i:

   2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PKOB WEGNER Sp. z o.o. Sp. K. Rudki 10 62-240 Trzemeszno** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2) zasądza od wykonawcy **PKOB WEGNER Sp. z o.o. Sp. K. Rudki 10 62-240 Trzemeszno** na rzecz zamawiającego **Powiat Krotoszyński, ul. 56 Pułku Piechoty Wlkp. 10 63-700 Krotoszyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 275/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Powiat Krotoszyński, ul. 56 Pułku Piechoty Wielkopolskiej 10, 63-700 Krotoszyn wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie Szpitala Powiatowego im. Marcelego Nenckiego w Krotoszynie wraz z budową niezbędnej infrastruktury II«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14.12.2017 r. pod nrem 632665-N-2017.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą Pzp.

Zamawiający poinformował 8.02.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] „Komputronik Biznes" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] „Infracon Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu.

Wykonawca PKOB WEGNER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudkach, Rudki 10, 62-240 Trzemeszno, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 13.02.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] „Komputronik Biznes" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] „Infracon Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej: „Konsorcjum").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 oraz art. 91 Pzp, przez:

1) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że jej treść:
   a) jest niezgodna z ustawą Pzp,
   b) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ");
2) przyznanie punktów za cenę w kryterium oceny ofert, ze względu na zastosowane w ofercie Konsorcjum stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23% w stosunku do robót polegających na wykonaniu instalacji sanitarnej gazów medycznych,

podczas gdy zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: „ustawa o VAT") na podstawie poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT wyroby medyczne, w tym instalacja gazów medycznych, podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 8%, natomiast zgodnie z częścią I rozdz. XII ust. 2 SIWZ cena oferty powinna zostać obliczona powiększając wartość netto o kwotę VAT według właściwej stawki tego podatku, a zatem oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu, gdyż cena oferty została obliczona przez powiększenie wartości netto o VAT według niewłaściwej, niezgodnej z ustawą o VAT, stawki VAT.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum;
2) nakazania zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;
3) wyboru oferty najkorzystniejszej i przy uwzględnieniu skutków podlegania odrzuceniu oferty Konsorcjum oraz
4) ogłoszenie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

2. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

2.1. 8.02.2018 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

2.2. Zgodnie z treścią formularza ofertowego, z którego użyciem Konsorcjum sporządziło swoją ofertę, błędnie obliczono cenę ofertową, a to wskutek przyjęcia niezgodnej z ustawą o VAT stawki VAT dla robót budowlanych w zakresie wykonania instalacji sanitarnej gazów medycznych.

2.3. W konsekwencji oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

2.4. Na stronie 2 oferty Konsorcjum w tabeli zawartej w pkt 1 pod poz. „Instalacje sanitarne – gazów medycznych” jako przyjęta przy obliczaniu ceny ofertowej wskazana została stawka VAT w wysokości 23%, a także kwota podatku ustalona na podstawie podanej ceny netto robót tego rodzaju oraz tej stawki VAT. Prawidłową stawką podatku od towarów i usług jest w tym przypadku stawka w wysokości 8%.

2.5. Zastosowanie – tak jak w ofercie Konsorcjum – stawki 23% obowiązującej co do zasady dla robót budowlanych nie jest prawidłowe, ponieważ przedmiot umowy miał obejmować między innymi kompleksowe wykonanie instalacji gazów medycznych.

2.6. W ocenie odwołującego nie można przyjąć, że przedmiot umowy w zakresie, w jakim dotyczył wykonania instalacji gazów medycznych, miał obejmować świadczenie usługi budowlanej. Przedmiotem zamówienia jest bowiem faktycznie kompleksowe wykonanie instalacji gazów medycznych.

2.7. Instalacja gazów medycznych stanowi wyrób medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. W istocie zatem przedmiotem umowy miała być realizacja świadczenia kompleksowego. Elementami tego świadczenia byłyby dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych oraz świadczenie usług montażowo-budowlanych, Konsorcjum natomiast zaoferowało wykonanie umowy przez spełnienie świadczenia innego niż zamówione, tj. niezgodnego z treścią SIWZ. Bowiem z treści oferty Konsorcjum, na podstawie zastosowanych stawek VAT wnioskować należy, że Konsorcjum zamierza wykonać wyłącznie roboty budowlane, które nie zawierają wyrobów medycznych, czego oczekiwał zamawiający.

2.8. Jednocześnie nie sposób rozdzielić montażu instalacji gazów medycznych od prac budowlanych, gdyż wykonanie instalacji sprowadza się do odpowiedniego połączenia elementów instalacji – przede wszystkim połączenia rur miedzianych w ten sposób, aby utworzyły one rurociąg rozprowadzający gazy medyczne po obiekcie oraz połączenie rur miedzianych z niezbędnymi urządzeniami (sprężarkami, rozprężalniami, agregatami, tablicami poboru, itp.).

Wykonanie tej instalacji oznacza konieczność faktycznego prowadzenia prac budowlanych, jednakże prace budowlane nie są celem samym w sobie dla zamawiającego jako nabywcy świadczenia. Celem jest natomiast powstanie instalacji gazów medycznych, która stanowi wyrób medyczny. Jak wynika natomiast z oferty Konsorcjum zamierza ono wykonać obiekt w sposób, który nie spełnia wymagań zamawiającego co do zakwalifikowania części spełnianego świadczenia do kategorii wyrobów medycznych.

2.9. Z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika co prawda, że w przypadku dostawy sprzętu medycznego i wykonania prac przystosowujących pomieszczenie, w którym sprzęt będzie pracował możliwe jest rozdzielenie świadczenia polegającego na dostawie od świadczenia polegającego na wykonaniu prac budowlanych, a stanowisko to opiera się na poglądzie, zgodnie z którym dostosowanie pomieszczenia do montażu może być z powodzeniem wykonywane przez podmiot gospodarczy wykonujący usługi budowlane – inny niż podmiot dokonujący dostawy sprzętu medycznego.

W Postępowaniu sytuacja jest jednak inna. Nie sposób bowiem oddzielić montażu od prac budowlanych – z uwagi na specyfikę towaru, jakim jest instalacja gazów medycznych zawarta w obiekcie.

W tym przypadku prace budowlane to jednocześnie montaż instalacji, rozdzielenie tych czynności nie jest możliwe, a ich wykonanie przez ten sam podmiot jest niezbędne ze względu na wymogi związane z uzyskaniem certyfikatu od jednostki certyfikującej (art. 11 ustawy o wyrobach medycznych).

Z tego względu konieczne jest przyjęcie, że świadczenie na rzecz zamawiającego w zakresie wykonania instalacji sanitarnej – gazów medycznych ma charakter świadczenia kompleksowego, składającego się:

1) ze świadczenia głównego, którym jest dostawa towaru (towar w postaci instalacji gazów medycznych, będącej wyrobem medycznym);
2) ze świadczenia pomocniczego, którym jest usługa budowlano-montażowa.

2.10. Uwzględniając fakt, że głównym świadczeniem jest w zakresie instalacji gazów medycznych dostawa towaru, całość świadczenia kompleksowego wynikającego z umowy w zakresie instalacji gazów medycznych powinna rodzić skutki w podatku od towarów i usług właściwe dla tej dostawy towaru.

Usługi budowlane stanowią element przedmiotu zamówienia także wyroby medyczne (instalacja gazów medycznych). A zatem z punktu widzenia przepisów o podatku od towarów i usług, zamawiający nabywa towar w postaci instalacji gazów medycznych, do którego stosuje się stawkę VAT 8% oraz usługę budowlaną w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy o VAT, który podlega innej stawce podatkowej niż ww. instalacja gazów medycznych.

2.11. Zgodnie natomiast z art. 41 ust. 1 i ust. 2 ustawy o VAT w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT wyroby medyczne, w tym instalacje gazów medycznych, podlegają opodatkowaniu VAT według stawki 8%, co wynika z pozycji 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Na podstawie przywołanej pozycji przedmiotowego załącznika stawkę 8% stosuje się bez względu na symbol PKWiU do wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach

medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.

2.12. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r o wyrobach medycznych wyrobami medycznymi są: narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym z oprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:

1) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby;
2) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia;
3) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego;
4) regulacji poczęć – który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

2.13. Mając powyższe na uwadze uznać należy, że oferta Konsorcjum w zakresie, w jakim dla wykonania instalacji gazów medycznych przyjmuje do obliczenia ceny ofertowej 23% stawkę VAT, jest niezgodna z ustawą VAT, abstrahując od tego, że takie ustalenie co do przedmiotu świadczenia, poczynione przez Konsorcjum, czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ, albowiem nakazuje uznać, że Konsorcjum oferuje w 100% robotę budowlaną (usługi budowlane), a nie dostawę instalacji gazów medycznych czyli wyrobu medycznego.

2.14. Opodatkowanie nabycia wyrobu medycznego stawka 23% jest bowiem sprzeczne z przywołanymi przepisami o podatku od towarów i usług. W konsekwencji powinno to prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Tymczasem zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty, wskutek czego została ona wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy jej nieodrzucenie stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp.

2.15. Ponadto wskazać należy, że zgodnie z częścią I rozdz. XII SIWZ cenę oferty należało obliczyć powiększając cenę netto o podatek od towarów i usług według właściwej stawki tego podatku. Jak wynika z treści oferty Konsorcjum cena brutto robót w zakresie wykonania instalacji gazów medycznych została natomiast obliczona przy przyjęciu stawki

VAT w wysokości 23%, a zatem przez powiększenie kwoty 1.900.000,00 zł netto o kwotę VAT, to jest sumę 437.000,00 zł. Następnie łączna kwota ceny za tego rodzaju roboty, to jest 2.337.000,00 zł brutto stała się elementem składowym ceny oferty, to jest kwoty 24.501.477,00 zł brutto.

Taki sposób obliczenia ceny oferty jest zatem sprzeczny z przywołaną treścią SIWZ, która wymaga, aby cena oferty została określona według właściwej stawki podatku od towarów i usług. Zastosowanie niewłaściwej stawki tego podatku chociażby tylko co do niektórych elementów objętych przedmiotem zamówienia nie może zostać uznane za należyte obliczenie ceny oferty, to jest w sposób zgodny z treścią SIWZ. Niezależnie jednak od powyższego świadczy to o zaoferowaniu przez Konsorcjum wyłącznie usługi budowlanej, a nie dostawy wyrobu medycznego wraz z taką usługą. W konsekwencji oferta Konsorcjum powinna była zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, a zaniechanie odrzucenia naruszało przepisy tej ustawy.

2.16. Podobnie liczne orzeczenia Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 61 Pzp.

2.17. Mając na uwadze powyższe ustalenia, niewłaściwe było zatem przyznanie punktów za kryterium oceny cena, w sytuacji, gdy oferta ta nie powinna w ogóle podlegać ocenie jako oferta kwalifikująca się do odrzucenia.

Z ostrożności Odwołujący przedłuża termin związania ofertą o kolejnych 30 dni.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 13.02.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 13.02.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

15.02.2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Komputronik Biznes Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] Infracon Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 26.02.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Izba podkreśla, że mimo, iż odwołujący złożył ofertę z ceną przekraczającą kwotę podaną przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp przed otwarciem ofert, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to nie może to niwelować posiadania interesu odwołującego we wniesieniu środków ochrony prawnej. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, a art. 86 ust. 3 Pzp brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«.

Zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty z ceną przekraczającą kwotę podaną przed otwarciem ofert musi w pierwszym rzędzie spróbować uzyskać dodatkowe środki, aby zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków spełzną na niczym, zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie stosując się do art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli […] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«.

W związku z tym Izba stwierdza, że nie może mówić o braku interesu wykonawcy we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdy cena ofertowa tego wykonawcy przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż po wyborze

takiej oferty zamawiający musi podjąć czynności zmierzające do zwiększenia kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dopiero w wyniku stwierdzenia braku możliwości zamawiającego zwiększenia (obojętnie z jakich powodów) środków na sfinansowanie zamówienia zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp cytowanego wyżej. Dlatego zakładanie z góry braku interesu w przytoczonych okolicznościach nie może być uwzględnione przez Izbę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 oraz art. 91 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że treść oferty jest niezgodna z ustawą Pzp i treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołujący zarzucił, że Konsorcjum w swojej ofercie nie rozdzieliło przedmiotu zamówienia na poszczególne części, aby przypisać im w ofercie różne stawki VAT. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający w formularzu ofertowym nie wydzielił części zamówienia i żądał podania w ofercie na cały przedmiot zamówienia jednej wartości netto i jednej ceny brutto powiększonej o odpowiednią kwotę VAT naliczoną wg jednej stawki VAT. Podkreślenia wymaga to, że w formularzu ofertowym w tabeli zawierającej poszczególne części przedmiotu zamówienia zamawiający nie przewidział miejsca, aby wykonawcy wpisywali stawki VAT poszczególnych części zamówienia. Ponadto zamawiający nie wymagał w SIWZ realizacji przedmiotu zamówienia jako wyrobu medycznego z obowiązkiem oznaczenia symbolem CE. Dlatego wykonawcy mający do tego wątpliwości powinni wnosić zastrzeżenia przed upływem terminu składania ofert, a najlepiej w terminie przewidzianym do składania odwołań. Wobec braku takich przewidzianych w ustawie działań wykonawców, a zwłaszcza obecnego odwołującego, Izba nie może rozpoznawać uwag odwołującego o wadliwości dokumentacji zamawiającego. Izba musi dodać, że przypisywanie do poszczególnych części zamówienia różnych stawek VAT w konsekwencji spowodowałoby, że wykonawca wykazałby sumaryczną wartość podatku od towarów i usług jako niezgodną wartością netto i z ustawową stawką VAT, co powodowałoby konieczność odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż wartość VAT

nie mogłaby matematycznie być zgodna z wymaganą, jednolitą stawką VAT i wartością netto przedmiotu zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jest niezgodna z ustawą«. Dlatego działania przystępującego i zaakceptowanie ich przez zamawiającego w zakresie przedstawienia w ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia jednolitej wartości netto, jednej stawki VAT i jednej ceny brutto nie mogą być uznane za naruszenie jakichkolwiek przepisów prawa.

Również te działania przystępującego i zamawiającego nie mogą być traktowane jako naruszenie jakichkolwiek postanowień SIWZ, gdyż zamawiający nie przewidział możliwości dzielenia zamówienia ze względu na przypisanie dla poszczególnych części zamówienia różnych stawek VAT, ale zamawiający dał możliwość wydzielenia części zamówienia ze względu na możliwość zaangażowania podwykonawców. Dlatego przewidzenie w ofercie Konsorcjum tylko jednej stawki VAT w wysokości 23% nie może być uznane za nieodpowiadające treści SIWZ, czyli nie można z wskazanego w odwołaniu powodów żądać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Również Izba nie stwierdza, że oferta przystępującego może podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«. Przystępujący wyliczył wartość netto zaoferowanego przedmiotu zamówienia następnie zastosował prawidłową stawkę VAT w jednolitej wysokości 23% i wykonując właściwe mnożenie obliczył prawidłową cenę oferty.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 oraz art. 91 Pzp – przez przyznanie punktów za cenę w kryterium oceny ofert, ze względu na zastosowane w ofercie Konsorcjum stawki podatku od towarów i usług w wysokości 23% w stosunku do robót polegających na wykonaniu instalacji sanitarnej gazów medycznych, podczas gdy zgodnie z art. 41 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: „ustawa o VAT”) na podstawie poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT wyroby medyczne, w tym instalacja gazów medycznych, podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 8%, natomiast zgodnie z częścią I rozdz. XII ust. 2 SIWZ cena oferty powinna zostać obliczona powiększając wartość netto o kwotę VAT według właściwej stawki tego podatku, a zatem oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu, gdyż cena oferty została obliczona przez powiększenie wartości netto o VAT według niewłaściwej, niezgodnej z ustawą o VAT, stawki VAT.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał zastosowania – przez wykonawców do obliczenia ceny oferty – jednolitej stawki VAT za roboty budowlane, która zgodnie z obecnie

obowiązującymi przepisami podatkowymi wynosi 23%. Przystępujący postąpił tak i dlatego jego oferta nie może zostać odrzucona, a więc należy jej przyznać odpowiednią liczbę punktów, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył ten przepis. W związku z tym zarzut drugi nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……