

Sygn. akt: KIO 1918/21

WYROK

z dnia 21 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie: Anna Chudzik
Anna Wojciechowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Erbud S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Arco System sp. z o.o. w Oświęcimiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Erbud S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Erbud S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Erbud S.A. w Warszawie** na rzecz **Górnośląskiego Centrum Medycznego im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „utworzenie Śląskiego Centrum Chorób Zakaźnych w Górnośląskim Centrum Medycznym obejmującego wykonanie projektu budowlanego i robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r., nr 2020/S 252-634554.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 28 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Erbud S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o.:
 - a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o., mimo że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
 - b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o. mimo tego, że oferta wykonawcy Arco System Sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
 - c) naruszenie art. 146aa ust. 1 pkt 1 i art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej „Ustawa VAT”) poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca Arco System sp. z o.o. uprawniony był na potrzeby obliczenia ceny do zastosowania stawki podatku VAT 23% także w odniesieniu do instalacji gazów medycznych, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta wskazanego Wykonawcy nie zawiera błędu w obliczeniu ceny lub kosztu skutkującego koniecznością odrzucenia tej oferty;
 - d) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy Arco System sp. z o.o. w ramach oceny ofert 40 punktów za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy mimo braku podstaw do przyznania takiej ilości punktów;

- e) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o. pomimo naruszeń wskazanych powyżej w ppkt a) — d);
- 2) w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Arco System
 - a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Arco System sp. z o.o. pomimo tego, że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 3) w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania wykonawcy Arco System sp. z o.o. do złożenia, uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej:
 - a) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Arco System sp. z o.o. do złożenia, uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie) należytego wykonania projektu budowlanego dla budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub remontu budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³, obejmującego co najmniej branże konstrukcyjną i instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodnokanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych, mimo tego, że wykonawca Arco System sp. z o.o. nie wykazał spełnienia tego warunku;
- 4) w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o.:
 - a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o. pomimo tego, że oferta wykonawcy Arco System sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
 - b) naruszenie art. 146aa ust. 1 pkt 1 i art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej „Ustawa VAT”) przez nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca Arco System Sp. z o.o. uprawniony był na potrzeby obliczenia ceny do zastosowania stawki podatku VAT 23% także w odniesieniu do instalacji gazów medycznych, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o. pomimo tego, że oferta wykonawcy Arco System sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

- c) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia w odniesieniu do wykonawcy Arco System sp. z o.o. weryfikacji prawidłowości zastosowania przyjętej przez wykonawcę Arco System sp. z o.o. stawki podatku VAT;
- 5) co do czynności przyznania wykonawcy Arco System sp. z o.o. w ramach oceny ofert 40 punktów za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy:
- a) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy Arco System sp. z o.o. w ramach oceny ofert 40 punktów za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy mimo braku podstaw do przyznania takiej ilości punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o.;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wykluczenia wykonawcy Arco System sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, ewentualnie wezwania wykonawcy Arco System sp. z o.o. do wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w przypadku wykazania ich niespełnienia i wykluczenia tego wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o.;
- 5) nieprzyznawania w ramach oceny ofert wykonawcy Arco System sp. z o.o. punktów za doświadczenie osoby wskazanej na funkcję kierownika budowy;
- 6) dokonania wyboru oferty wykonawcy ERBUD S.A. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do cz. 5.1.2. 3) pkt a) i b) SIWZ dopuszczał, że dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt a) i b) wykonawca może wykazać się również realizacją, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy —w tym okresie), co najmniej jednej umowy, realizowanej w formule „zaprojektuj i wybuduj”, polegającej na wykonaniu projektu budowlanego oraz budowie lub rozbudowie lub przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000m³, obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodnokanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej, o wartości robót budowlanych co najmniej 18 000 000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Arco System sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu (tj. warunku z cz. 5.12. 3) pkt b) SIWZ) wskazał m.in. inwestycję referencyjną oznaczoną „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn. „Centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia LabMed”. Zdaniem odwołującego, wskazane zadanie inwestycyjne aktualnie jest wciąż na etapie realizacji (i było na etapie realizacji na moment wskazania tego zadania inwestycyjnego w niniejszym postępowaniu przetargowym), co oznacza, że nie mogło być skutecznie wskazane na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę Arco System sp. z o.o. wskazanego warunku udziału w postępowaniu (w szczególności warunku z cz. 5.1.2. 3) pkt b) SIWZ). Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza brak wykazania przez wykonawcę Arco System sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu wskazanego powyżej. To oznacza, że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a ewentualnie co najmniej wezwany do wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zastrzeżenia budzi przyznanie wykonawcy Arco System sp. z o. o. maksymalnej liczby punktów za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do zadania inwestycyjnego oznaczonego jako „Przebudowa Centrum medycyny Doświadczalnej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach — Wydział Lekarski SUM w Katowicach” wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wskazał ani w opisie ani w przedstawionych dokumentach konkretnie żadnych cech i właściwości wskazanych w SIWZ i pozwalających przyznać za tą inwestycję punkty. Zdaniem odwołującego podobne zastrzeżenia budzi wskazanie zadania inwestycyjnego oznaczonego „Kontrakt nr 1 Rozbudowa instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w Bierkowie”, albowiem ani w opisie przedstawionym przez wykonawcę Arco System sp. z o.o. ani w przedstawionych dokumentach konkretnie nie ma jednoznacznie potwierdzonych żadnych cech wymaganych przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego przyznanie ww. punktów nie może również być dokonane z uwagi na zastrzeżenia dot. inwestycji „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn. „Centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia LabMed” (odwołujący powołał się na zastrzeżenia wskazane szczegółowo powyżej dot. m.in. tego, że wskazana realizacja wciąż jest w toku). Nadto odwołujący wskazał, że w odniesieniu do zadania inwestycyjnego oznaczonego „Rekreacyjna Dolina — Mały Staw” wykonawca Arco System sp. z o.o. nie był jego wykonawcą, zaś wskazana przez niego osoba faktycznie nie pełniła funkcji kierownika budowy. Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że wykonawcy Arco System sp. z o.o.

nie powinna zostać przyznana maksymalna ilość punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w postępowaniu przetargowym nie wskazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia prawidłowych stawek podatku VAT niezbędnych do przyjęcia przez wykonawców w kalkulowanych cenach ofertowych. Zdaniem odwołującego oznacza to, że w niniejszym postępowaniu przetargowym to wykonawcy zobowiązani byli do ustalenia i przyjęcia prawidłowych stawek podatku VAT. W takim przypadku przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT skutkowało powinno odrzuceniem oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający jako podmiot prowadzący postępowanie przetargowe jest zobowiązany do zweryfikowania, czy poszczególni wykonawcy składający oferty przyjęli prawidłowe stawki podatku VAT. Brak dokonania przez zamawiającego wskazanej weryfikacji stanowi naruszenie przez zamawiającego obowiązujących przepisów Pzp, a nadto skutkuje tym, że w postępowaniu przetargowym oceniane są przez zamawiającego nieporównywalne oferty. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie zamawiający takiej weryfikacji faktycznie nie przeprowadził, albowiem wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał oceniając i porównując w tym zakresie oferty różniące się pomiędzy sobą w zakresie przyjętych stawek podatku VAT.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System sp. z o.o., faktycznie przyjął, że świadczenie objęte przedmiotem niniejszej sprawy jest świadczeniem kompleksowym kwalifikującym się do objęcia go jednolitą stawką podatku VAT 23%. Zdaniem odwołującego taki wniosek zamawiającego jest jednak w okolicznościach niniejszej sprawy całkowicie nieuprawniony. Według odwołującego, nieuprawnione jest traktowanie jako elementu świadczenia kompleksowego wykonania instalacji gazów medycznych stanowiącej faktycznie w okolicznościach niniejszej sprawy samodzielne i odrębne świadczenie (samodzielnie dostarczany wyrób medyczny) kwalifikujące się do objęcia go właściwą dla niego stawką podatku VAT. Odwołujący wywiódł, że zasadą jest odrębność i samodzielność podatkowa poszczególnych dostaw i świadczeń usług, a kwalifikowanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia (tzw. usługa kompleksowa) może występować jedynie wyjątkowo jako wyjątek od wskazanej zasady. Odwołujący argumentował, że gdy świadczenia wykonywane na rzecz jednego nabywcy można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.

Odwołujący wywiódł, że świadczenia polegające na dostawie instalacji gazów medycznych (stanowiących faktycznie samodzielne wyroby medyczne) nie są powiązane ze świadczeniem polegającym na wykonaniu robót budowlanych w taki sposób, aby tworzyły jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Wręcz przeciwnie, świadczenia te mają charakter samoistny i mogłyby nawet stanowić przedmiot odrębnych zamówień i być realizowane przez innych wykonawców.

Zdaniem odwołującego, instalacji gazów medycznych nie można uznać za świadczenie jedynie pomocnicze, niesamodzielne i marginalne. Taka instalacja ma bowiem w samodzielny i autonomiczny charakter, w rezultacie czego instalacja ta będzie zakwalifikowana po uzyskaniu odpowiednich certyfikatów jako samodzielny wyrób medyczny. Odwołujący podkreślał, że wykonanie instalacji gazów medycznych może być przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego, co także przesądza o samodzielnym charakterze takiej instalacji. Zamówienie publiczne dotyczące instalacji gazów medycznych może także realizować podmiot, który nie będzie wykonawcą realizującym np. roboty budowlane dotyczące budynku szpitala. O potencjalnym braku odrębności danej usługi nie może świadczyć także ani zestawienie kosztów jej wykonania, wskazujące na jej niską wartość względem świadczenia, które strona uważa za zasadnicze. Zdaniem odwołującego nie można uznać, aby świadczenia objęte przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego stanowiły nierozzerwalną całość z punktu widzenia gospodarczego i funkcjonalnego przeznaczenia tych świadczeń, a tylko w przypadku występowania takiej okoliczności można byłoby rozważać próbę uznania przedmiotu zamówienia za jedno świadczenie.

Zdaniem odwołującego, dla wskazanej oceny i zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT całkowicie bez znaczenia jest zatem nawet i to, że wskazana instalacja jest instalowana w obiektach szpitalnych. Instalacja gazów medycznych byłaby bowiem taką instalacją, jako kompleks powiązanych ze sobą urządzeń, także poza szpitalem i z tego powodu, jako wyodrębniona samodzielnie struktura, jest objęta odrębną, preferencyjną stawką podatku VAT.

Według odwołującego, w niniejszej sprawie istotnym jest również to, że Zamawiający jednoznacznie wyodrębnił instalację gazów medycznych w przygotowanej dokumentacji (m.in. w Programie Funkcjonalno Użytkowym).

Zdaniem odwołującego, nie występują żadne okoliczności przemawiające za wyjątkowością niniejszego zamówienia publicznego i koniecznością uznania, że jego przedmiotem, w drodze wyjątku od zasady polegającej na rozdzieleniu świadczeń podlegających opodatkowaniu, jest jedno świadczenie w rozumieniu przepisów o podatku VAT. W tych okolicznościach przyjęcie przez Zamawiającego dopuszczalności zastosowania w ofercie Arco System sp. z o.o. jednolitej stawki podatku VAT 23% jest naruszeniem przez

zamawiającego przepisów ustawy VAT i PZP, które doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej wskazanej oferty. Zdaniem odwołującego takie działanie stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy VAT i PZP, ale również stanowi potencjalne naruszenie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych. Zamawiający nie może dopuszczać, aby wykonawcy składający oferty naruszali wskazane przepisy. Według odwołującego zamawiający nie zauważa także, iż w ocenie organów podatkowych za prawidłową musiałaby być uznana stawka podatku VAT 8%, a w konsekwencji przyjęcie przez niego faktur VAT ze stawką podatku VAT 23% oznaczałoby przyjęcie faktur VAT nieprawidłowo wystawionych, ze wszystkimi tego konsekwencjami prawnymi i finansowymi (m.in. w zakresie obowiązku przeprowadzenia procedury odpowiedniego skorygowania nieprawidłowo wystawionych faktur VAT).

Zdaniem odwołującego, wartość instalacji gazów medycznych stanowi istotną część wartości przedmiotu zamówienia. co także potwierdza, że jest to samodzielne, a przy tym istotne kwotowo i przedmiotowo świadczenie. Jednocześnie jest to zakres robót i prac kwalifikujący się do ich objęcia nawet odrębnym postępowaniem przetargowym i odrębnym zamówieniem. Odwołujący podkreślił, że sposób opodatkowania świadczeń nie może być zależny od subiektywnej woli stron transakcji, a w szczególności od subiektywnej woli i oczekiwań Zamawiającego. Tym bardziej zaś od woli Zamawiającego nie może zależeć możliwość nieuprawnionego uznania samodzielnych świadczeń będących przedmiotem zamówienia za świadczenie kompleksowe.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Arco System sp. z o.o. w Oświęcimiu. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanej stawki podatku VAT z 7 czerwca 2021 r., wyjaśnienia wykonawców dotyczące zastosowanej stawki podatku VAT, oświadczenie i dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie 28 kwietnia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty przystępującego w jako

najkorzystniejszej z dnia 17 czerwca 2021 r., załączniki do zgłoszenia przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia*.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*.

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*.

Art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług stanowi, że:

1. *Stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2–12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.*
2. *Dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4.*

Art. 146aa. ustawy o podatku od towarów i usług stanowi, że:

1. *W okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach*

publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%:

- 1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust. 4, wynosi 23%;
- 2) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%; (...).

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 28 czerwca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *Utworzenie Śląskiego Centrum Chorób Zakaźnych w Górnośląskim Centrum Medycznym obejmującego wykonanie projektu budowlanego i robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”.*

Ustalono ponadto, że w pkt 2.10 programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający wskazał:

2.10. Wymagania Zamawiającego dotyczące instalacji gazów medycznych

Budynek powinien posiadać wewnętrzne instalacje gazów medycznych:

- tlenu – doprowadzenie z centralnego zbiornika zaopatrującego budynki szpitalne – konieczne wykonanie nowego rurociągu od zbiornika kriogenicznego do projektowanego budynku objętego opracowaniem ,
- sprężonego powietrza – rozprowadzenie z projektowanego pomieszczenia sprężarek,
- próżni – rozprowadzenie z projektowanego z pomieszczenia pomp próżniowych.

Z instalacjami gazów medycznych związane są źródła zasilania, które muszą spełniać wymagania obowiązujących norm branżowych. Budowa układu w budynku nieposiadającym instalacji gazów medycznych wiąże się z wykonaniem projektu źródeł zasilania, doprowadzających gazy medyczne poprzez piwnice budynku istniejącego oraz wykonania pomieszczenia sprężarkowi i pomp próżniowych. Wykonanie wewnętrznych rurociągów w obrębie oddziału przewiduje się w postaci klasycznego układu zasilanego pionami instalacyjnymi zlokalizowanymi w środkowej części oddziału. Piony rurowe wznoszą

się od głównych przewodów poziomych zlokalizowanych na najniższej kondygnacji budynku. Każdy pion musi być poprzedzony zamykaną Podpionową Skrzynką Zaworową.

Ustalono, że zgodnie z pkt 5.1.2 ppkt 3 b SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) należycie wykonali projekt budowlany dla budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub remontu budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³, obejmujący co najmniej branże konstrukcyjną i instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych.

Zamawiający zastrzega, że w celu spełnienia warunków określonych w pkt a) i b) powyżej wykonawca może wykazać się również realizacją, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej jednej umowy, realizowanej w formule „zaprojektuj i wybuduj”, polegającej na wykonaniu projektu budowlanego oraz budowie lub rozbudowie lub przebudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³, obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej, o wartości robót budowlanych co najmniej 18 000 000 zł brutto.

Ustalono także, że zgodnie z pkt 10.5 SIWZ Oferta musi zawierać:

5. Wykaz wykonanych / wykonanych lub wykonywanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 5.1.2.3) SIWZ,
6. Dowody potwierdzające, czy wykazane roboty budowlane zostały wykonane / zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj.:
 - referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego dostawy były/są wykonywane,
 - oświadczenie wykonawcy jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- w odniesieniu do usług innych niż nadal wykonywane usług okresowe lub ciągłe,
 - referencje bądź inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert – w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych.
7. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, którymi wykonawca będzie dysponował do wykonania robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia, określonego w pkt 5.1.2.3) SIWZ wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Ustalono także, że w pkt 12 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający wskazał:

12.1. *W ofercie należy podać cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915);*

12.2. *Cenę oferty należy obliczyć i podać w Formularzu oferty.*

(...)

12.3. *Wykonawca jest zobowiązany określić wszystkie elementy ceny w odniesieniu do wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu oferty.*

Cenę oferty stanowi cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, będąca sumą wartości wszystkich pozycji Formularza oferty i uwzględniająca wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia.

12.4. *Ceny podane w Formularzu oferty nie podlegają zmianie do końca realizacji przedmiotu zamówienia.*

Cenę w Formularzu oferty należy podać w oparciu o dokumenty stanowiące załączniki do SIWZ.

Cena każdej pozycji w Formularzu oferty musi uwzględniać wszystkie czynności i wymagania składające się na jej wykonanie.

Wynagrodzenie Wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym, obejmującym wszystkie koszty i wydatki poniesione przez Wykonawcę w celu należytego wykonania całego zamówienia.

Ustalono także, że w pkt 13 SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert, którymi były „cena” – waga 60 % oraz „doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy” - waga 40%. Kryterium oceny ofert „doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy” zostało opisane następująco:

Za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającemu uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, przy realizacji co najmniej jednej umowy polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³ i obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej.

W przypadku braku wskazania ilości umów Zamawiający uzna, że doświadczenie to wynosi 1 umowa polegająca na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³ i obejmującej swym zakresem co najmniej roboty

konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej.

Wykonawca zobowiązany jest podać pełną liczbę.

„DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE OSOBY PRZEZNACZONEJ DO PEŁNIENIA FUNKCJI KIEROWNIKA BUDOWY należy podać w sposób jednoznaczny tj. liczbą w przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ”.

L.p.	Doświadczenie	Liczba punktów Tn
1	5 i powyżej 5 umów	40 pkt
2	3-4 umów	20 pkt
3	1-2 umów	10 pkt

Ustalono także, że we wzorze załącznika nr 6 do SIWZ (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia), zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o następującej szczególności:

Oświadczam/-y, że w wykonywaniu niniejszego zamówienia będą uczestniczyć następujące osoby:

1) Funkcja Kierownika Budowy

L.p.	Imię i nazwisko osoby	Umowa pomiędzy Wykonawcą a Inwestorem nr umowy	Data umowy	Inwestor	Kubatura budynku	Podstawa do dysponowania osobami
1						
2						
...						

W dalszej kolejności ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęło dwanaście ofert, w tym m.in. oferta przystępującego i odwołującego.

Ustalono, że przystępujący załączył do swej oferty wypełniony załącznik nr 5 (wykaz wykonanych / wykonywanych robót budowlanych). W wykazie tym, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2 ppkt 3b SIWZ, przystępujący powołał się na swe doświadczenie w usłudze polegającej na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub remontu budynku o kubaturze 9 146,00 m³, obejmującego co najmniej branżę konstrukcyjną i instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodnokanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych dla inwestycji o

nazwie: *Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn. „centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia-LabMed, o wartości 2.187.000,00zł.* Jako datę wykonania usługi podano: *14.10.2019r.* Do wykazu załączono referencje Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z 10 marca 2021 r. Z referencji wynika, że przystępujący wykonał kompleksową wielobranżową dokumentację projektowo-kosztorysową, w tym sporządzenie projektu budowlanego obejmującego branże architektoniczną, konstrukcyjną, instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazów medycznych w terminie do 14.10.2019 r.

W dalszej kolejności ustalono, że do swej oferty przystępujący załączył także wypełniony wzór załącznika nr 6 do SIWZ (wykaz osób). W Wykazie tym oświadczył, że w wykonywaniu niniejszego zamówienia będzie uczestniczył na funkcji kierownika budowy Pan mgr inż. M. K. . Oświadczył, że ww. osoba posiada *doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy - 6 UMÓW.*

L.p.	Imię i nazwisko osoby	Umowa pomiędzy Wykonawcą a Inwestorem nr umowy	Data umowy	Inwestor	Kubatura budynku	Podstawa do dysponowania osobami
1	Mgr inż. K. M.	Umowa nr 1/B/2017 na zadanie pn. „Budowa salonu samochodowego z częścią serwisową, myjnią i magazynem oraz towarzyszącej infrastruktury drogowej (dojścia, dojazdy, parkingi), elementów małej architektury i totemu oraz rozbiórka wiaty i muru oporowego w Katowicach przy ul. 73-go Pułku Piechoty 1”	21.09.2017 r	Przedsiębiorstwo EURO-KAS S.A z siedzibą w Katowicach 40- 467, ul. 73 Pułku Piechoty1	13 802,00 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
2	Mgr inż. K. M.	Umowa nr RZP/129/19 na zadanie pn. „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji	05.02.2019 r	Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach	9 146,00 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia

		projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn." Centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia LabMed"		40-055, ul. Poniatowski ego 15		03.03.2008r
3	Mgr inż. K. M.	Umowa nr RZP/482/12 wraz z wykonaniem zamówień dodatkowych RZP/771/2013 RZP/521/2014 RZP/918/2014 na zadanie pn." Przebudowa Centrum medycyny Doświadczalnej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – Wydział Lekarski SUM w Katowicach"	08.08.2012 r. wraz z wykonaniem zamówień dodatkowych 03.10.2013 r 04.06.2014 r 18.09.2014 r	Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach 40- 055, ul. Poniatowski ego 15	22 711,70 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
4	Mgr inż. K. M.	Umowa na roboty budowlane dla zadania pn. „Budowa budynku produkcyjno, biurowo, socjalnego w Chełmie Śląskim”	23.06.2009 r	PPHU Oknohit Sp. J. z siedzibą w Oświęcimiu 32- 600, ul. Kolbego 9	26 895,40 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
5	Mgr inż. K. M.	Umowa nr 01/MS/2011 na zadanie pn."Rekreacyjna Dolina – Mały Staw"	10.01.2011 r	Spec Bau Polska Sp. z o.o z siedzibą w Oświęcimiu 32- 600, ul. Zaborska 1A	13 342,70 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
6	Mgr inż. K. M.	Kontrakt nr 4/B/2014 na zadanie pn. „Kontrakt nr 1 – Rozbudowa instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w	30.05.2014 r	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku 76-200, ul.	30 631,47 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r

		Bierkowie”		Szczecińska		
				112		

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 7 czerwca 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego, a także wykonawcę Adamietz, wykonawcę Budecon, wykonawcę Częstobud, wykonawcę NDI, wykonawcę Przemysłówka, wykonawcę Tasbud do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, poprzez wyjaśnienie zastosowania jednolitej stawki VAT 23 %.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in., co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu na 12 ofert – 7 wykonawców zastosowało w celu wyceny oferty jednolitą stawkę podatku VAT 23% nie można zatem twierdzić że stawka w ofercie Wykonawcy ma charakter wyjątkowy i nadzwyczajny co uzasadniałoby wątpliwości odnośnie podstaw prawnych dla jej zastosowania.

Przystępujący powołał się na wzór załącznika nr 2 do SIWZ, formularz ofertowy. Wskazał, że *SIWZ ani Formularz ofertowy nie narzucały stawek podatku VAT. Wykonawcy składając ofertę mieli obowiązek dokonać prezentacji ceny w rozbiciu na powyższe komponenty. Zamawiający poza wyceną prac projektowych nie dokonywał żadnego dodatkowego wyodrębnienia samodzielnego zakresu rzeczowego do wyceny. Załącznik nr 4 do SIWZ Wzór umowy DZ.3321.286.2020 wskazuje w § 24.Wynagrodzenie. Sposób rozliczenia zamówienia - w odniesieniu do robót budowlanych na jedną procentową stawkę podatku VAT. (...)*

W trakcie postępowania na etapie przed składaniem ofert Zamawiający nie udzielał wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT jaką należy zastosować w celu wyceny oferty ani nie dokonywał modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Podsumowując, w ocenie Wykonawcy, podział wyceny ofertowej na wycenę projektów i wykonawstwo robót budowlanych oznacza, że Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawców jednej stawki podatku VAT dla części – roboty budowlane, co potwierdza Wzór umowy w którym występuje tylko jedna pozycja (§ 24.Wynagrodzenie) dla procentowej stawki podatku VAT. Podkreślenia wymaga także, że pozycja formularza ofertowego odnosząca się do wykonania robót budowlanych jest pozycją scaloną i jedną – obejmującą całkowity zakres rzeczowy robót.

(...)

Nie ulega wątpliwości, że zakres rzeczowy zamówienia to poza projektowaniem wykonanie robót budowlanych jako świadczenia kompleksowego w pełnym zakresie rzeczowym zaś

instalacje gazów medycznych stanowią wyłącznie element wyposażenia budynków. Zakres rzeczowy prac związanych z instalacjami gazów medycznych jest ściśle i nierozzerwalnie związany z robotami budowlanymi samych obiektów. Niesporne jest że zaprojektowanie i wykonanie instalacji gazów medycznych nie jest ani samodzielnym zakresem zamówienia ani celem samym w sobie. Gdyby nie roboty budowlane dotyczące budynków prace związane z instalacjami gazów w ogóle by nie wystąpiły.

Pod względem technologicznym instalacje gazów medycznych w zakresie jakim są przedmiotem zamówienia stanowią nierozzerwalną całość z samymi budynkami i ich konstrukcjami.

Akcesoryjny i uzupełniający względem zasadniczych robót budowlanych charakter i znaczenie instalacji gazów w przedmiotowym zadaniu potwierdza także udział wartościowy tych prac w relacji do pozostałych wartości robót budowlanych – na poziomie oferty Wykonawcy ok 3%.

Przedmiot zamówienia w postępowaniu stanowi kompleksową robotę budowlaną. Wynagrodzenie za wykonanie tej roboty budowlanej zostało określone jednolicie jedną kwotą ryczałtową. Instalacje gazów medycznych nie były przewidziane, ani do osobnego kwotowania, rozliczania, czy też osobnego ujmowania w jakiegokolwiek formie w treści oferty.

Dokumentacja przedmiotowego postępowania wskazuje, że zamawiający traktuje przedmiot zamówienia jako jednolitą kompleksową robotę budowlaną, do której w całym zakresie należy zastosować stawkę podstawową podatku VAT tj. 23%. (...)

Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane budynkiem jest taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Przy czym, w świetle art. 3 pkt 1, obiektem budowlanym jest budynek (a także budowla bądź obiekt małej architektury), wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.

Podobnie, rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. z 1999 r. nr 112, poz. 1616, z późn. zm.) definiuje budynki jako zadane obiekty budowlane wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych, przystosowane do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów.

Zatem w zakresie przebudowy i rozbudowy budynku zawiera się również czynność wbudowania odpowiednich instalacji (w zakresie dla danego budynku wymaganym). W przypadku planowanej inwestycji, zakres prac budowlanych przewidzianych w Umowie

obejmuje w szczególności wykonanie instalacji wod.-kan., instalacji chłodniczej, instalacji CSSiW, instalacji elektrycznej, instalacji wentylacyjnej, instalacji teletechnicznej, instalacji centralnego ogrzewania oraz instalacji gazów medycznych. Tym samym, nie ulega wątpliwości, że wbudowana instalacja gazów medycznych stanowi element składowy budynku szpitala.

Definicje z zakresu prawa budowlanego korespondują z cywilistycznym pojęciem „części składowej” rzeczy. Zgodnie z art. 47 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 380 z późn. zm., „KC”), 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. Taki właśnie charakter będzie posiadać instalacja gazów medycznych.

Ustawa Prawo budowlane definiuje także roboty budowlane (art. 3 pkt 7), przez które należy rozumieć budowę, a takie prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego - czyli także prace związane z wykonaniem instalacji w obiekcie budowlanym.

Zatem również definicja robót budowlanych wskazuje, że wykonanie w budynku instalacji, w tym, instalacji gazów medycznych, połączonej ze strukturą budynku - obiektu budowlanego, jest elementem całości prac budowlanych mających na celu wybudowanie budynku szpitala w uzgodnionym standardzie (tj. wraz z niezbędnymi instalacjami technicznymi).

Opis przedmiotu zamówienia wskazuje że intencją Zamawiającego jako usługobiorcy jest zapewnienie, że wyłoniony w ramach przetargu wykonawca wyświadczy na jego rzecz usługę o charakterze całościowym, kompleksowym, obejmującą budowę szpitala w standardzie i na warunkach opisanych w Umowie.

Zamawiający nie jest zatem zainteresowany otrzymaniem poszczególnych (wybranych) czynności wchodzących w skład tej usługi, ale wyłącznie zespołu tych czynności składających się na usługę opisaną w Umowie.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa i rozbudowa budynku szpitala, przy czym wyposażenie podlegające wbudowaniu w strukturę budynku oraz instalacje gazów medycznych mają charakter pomocniczy i są środkiem do pełnego zrealizowania robót budowlanych. W tych okolicznościach, podział przedmiotu umowy na kilka usług o różnym charakterze należałoby bez wątpienia uznać za nieuzasadniony i sztuczny, sprzeczny zarówno z prawnym i ekonomicznym charakterem przedmiotu umowy, jak i oczekiwaniami Zamawiającego. (...)

W przypadku świadczenia objętego przedmiotem aktualnego zamówienia obie wskazane wyżej przesłanki świadczą o jego kompleksowym charakterze: z punktu widzenia Zamawiającego, czynności opisane w Umowie mają ekonomiczny sens jedynie jako całość, ponieważ tylko świadczone łącznie odpowiedzą na potrzeby Zamawiającego jako podmiotu zlecającego budowę budynku szpitala w standardzie opisanym w Umowie. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie jest zainteresowany i nie będzie nabywać „ułamkowych” czynności wykonywanych przez wykonawcę; z jego perspektywy, tylko całościowe i pełne wykonanie przez wykonawcę wszystkich czynności wschodzących w skład świadczonej usługi ma wartość funkcjonalną.

Z punktu widzenia Zamawiającego, wszelkie aktywności podejmowane i realizowane przez wykonawcę na podstawie Umowy będą środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej, jaką jest usługa wybudowania budynku szpitala we wskazanym przez Zamawiającego standardzie. O żadnej ze wskazanych w umowie czynności (projektowych, budowlanych czy w zakresie nadzoru) nie można powiedzieć, że stanowi ona dla Zamawiającego „cel sam w sobie”. W konsekwencji, z perspektywy ekonomicznej, świadczenie realizowane przez wykonawcę na podstawie Umowy będzie świadczeniem niepodzielnym i w taki sposób postrzegane jest przez jego klienta - Zamawiającego.

(...)

W świetle powyższych kryteriów, w zaistniałym stanie faktycznym, brak jest jakiegokolwiek elementu zamówienia, który powinien zostać wyodrębniony na gruncie podatkowym (w tym w szczególności, nie jest takim elementem wykonanie instalacji gazów medycznych).

Wyodrębnienie takie nosiłoby bowiem cechy sztuczności i nie przedstawiałoby samo w sobie wartości dla Zamawiającego. Rozdzielenie poszczególnych elementów świadczenia miałoby również charakter sztuczny w szczególności w świetle faktu, że Zamawiający nie jest zainteresowany nabyciem poszczególnych robót (świadczeń), a kompleksowych robót budowlanych. Ostatecznie zaś do obowiązków wykonawcy należy również uzyskanie w imieniu Zamawiającego wszystkich decyzji i zezwoleń i innych dokumentów wydanych przez właściwe jednostki i organy, w zakresie wykonanych prac, niezbędne do uzyskania ostatecznej decyzji o pozwolenie na użytkowanie budynku.

W konsekwencji, w świetle postanowień dokumentacji przetargowej, Zamawiający jest zainteresowany uzyskaniem kompleksowego świadczenia, a w efekcie gotowego do użytkowania obiektu. Powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że tylko komplet świadczeń będzie realizował wymogi Zamawiającego, co przemawia za przyjęciem podejścia, że mamy do czynienia z kompleksową usługą, dla której Ustawa VAT nie przewiduje możliwości stosowania obniżonej stawki VAT.

Na gruncie analizowanego stanu faktycznego w praktyce poszczególne świadczenia wchodzące w skład zamówienia, samodzielnie nie stanowią dla Zamawiającego wartości, gdyż nie zaspokajają w pełni jej potrzeb, czyli nie spełniają celu, dla którego Zamawiający zdecydowała się na nabycie usługi kompleksowej. Dowodem na to jest chociażby to, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Dopiero całościowe wykonanie zamówienia oraz uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie pozwala na osiągnięcie efektu ekonomicznego oczekiwanego przez Zamawiającego. Innymi słowy, przedmiot zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie stanowi jedno świadczenie kompleksowe, gdzie instalacja gazów medycznych występuje jako element poboczny i pomocniczy, niebędący dla Zamawiającego celem samym w sobie, lecz jedynie koniecznym środkiem do zrealizowania całości zamówienia, nie mogąca też funkcjonować samoistnie. (...)

Zgodnie z art. 41 ust. 2 Ustawy VAT, obniżona 8% stawka podatku ma zastosowanie w szczególności do wymienionych w poz. 105 załącznika nr 3 do Ustawy VAT „wyrobów medycznych, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, innych niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika.” Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 Ustawy o wyrobach medycznych, definiuje pojęcie wyrobu medycznego – w świetle tej definicji nie ulega wątpliwości, że definicja „wyrobu medycznego” obejmuje swoim zakresem wyłącznie „towary” w rozumieniu art. 2 pkt 6 Ustawy VAT (tu: rzeczy). Definicja ta nie obejmuje natomiast usług, w tym, robót budowlano-instalacyjnych wykonywanych w budynku szpitala. W konsekwencji zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT, o której mowa w art. 41 ust. 2 Ustawy VAT zgodnie z treścią poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy ograniczone jest do dostawy towarów, a nie wykonywania robót budowlanych (usług). (...)

Wskazać również należy, że stosowanie stawki podstawowej 23% VAT ma charakter zasady ogólnej. Dlatego też wszelkie wyjątki od tej reguły powinny być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z celami realizowanymi przez dane odstępstwa, uwzględniając brzmienie danych przepisów wprowadzających takie odstępstwa oraz z uwzględnieniem powszechności opodatkowania VAT oraz zasady neutralności tego podatku dla przedsiębiorców. Tym samym, ewentualne uznanie, że część świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia powinna podlegać preferencyjnej 8% stawce VAT, stanowiłoby niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą przepis wprowadzający preferencję podatkową, która jest szczególnym odstępstwem od opodatkowania podstawową stawką podatku. (...)

W dalszej kolejności ustalono, że 17 czerwca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający przyznał przystępującemu 40 pkt w kryterium oceny ofert „doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy”.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dotyczący niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. ppkt 3b SIWZ. Jak wynikało z ww. warunku udziału w postępowaniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się *Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) należycie wykonali projekt budowlany dla budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub remontu budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³, obejmujący co najmniej branże konstrukcyjną i instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych.*

Analiza przywołanego warunku udziału w postępowaniu prowadziła do wniosku, że jego przedmiotem było należyte wykonanie określonego projektu budowlanego. Zdaniem Izby przystępujący wykazał spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany w SIWZ. Przystępujący powołał się w wykazie robót na swe doświadczenie w usłudze polegającej na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy lub przebudowy lub rozbudowy lub remontu budynku o kubaturze 9 146,00 m³, obejmującego co najmniej branże konstrukcyjną i instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodnokanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych dla inwestycji o nazwie: *Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn. „centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia-LabMed, o wartości 2.187.000,00zł. Jako datę wykonania usługi podano: 14.10.2019r.* Do wykazu załączono referencje Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z 10 marca 2021 r. Z referencji wynikało, że przystępujący wykonał kompleksową wielobranżową dokumentację projektowo-kosztorysową, w tym sporządził projekt budowlany obejmujący branże architektoniczną, konstrukcyjną, instalacyjną w zakresie instalacji elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazów medycznych w terminie do 14.10.2019 r.

Dodatkowo, w oparciu o dowód nr 1 załączony do zgłoszenia przystąpienia (decyzja Prezydenta Miasta Katowice z 14 sierpnia 2019 r. nr RBDEC1237/2019) ustalono, że sporny

projekt budowlany został zatwierdzony przez uprawniony organ i na jego podstawie udzielono pozwolenia na budowę. Ponadto w oparciu o § 3 ust. 6 wzoru umowy dla ww. inwestycji (dowód nr 6 złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby) ustalono, że przedmiotem odbioru mogła być dokumentacja projektowa i tak też się stało w analizowanej sprawie.

Analiza ww. dokumentów prowadziła do wniosku, że projekt budowlany na wskazanym zadaniu referencyjnym został już przez przystępującego wykonany, a następnie uznany przez inwestora za wykonany należycie i zgodnie z umową oraz odebrany. Powyższe miało miejsce przed datą składania ofert, przypadającą na 17 maja 2021 r. Okoliczność zaś, że jakieś bliżej niesprecyzowane roboty budowlane, wykonywane na podstawie referencyjnego projektu, mogły być jeszcze w fazie realizacji, pozostawała bez znaczenia z punktu widzenia spornego warunku. Treścią warunku było bowiem wykonanie należycie określonego projektu budowlanego, a nie projektu budowlanego dla wykonanej, zakończonej czy rozliczonej budowy.

Bez znaczenia z punktu widzenia spornego warunku udziału w postępowaniu pozostawała także okoliczność, że zgodnie z § 5 pkt 4 str. 9 wzoru umowy dla ww. inwestycji (dowód nr 6 złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby) przez cały okres realizacji umowy projektant był zobligowany do sprawowania nadzoru autorskiego. Na podstawie powyższego odwołujący wywiódł, że skoro sprawowanie nadzoru autorskiego jeszcze się nie zakończyło, to wystawienie przez inwestora referencji z 10 marca 2021 r. było przedwcześnie. Podkreślenia wymagało, że przedmiotem warunku było posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu projektu budowlanego, a nie w sprawowaniu nadzoru autorskiego. W tej sytuacji stwierdzono, że zarzuty odwołującego nie znalazły potwierdzenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez niezasadne przyznanie przystępującemu 40 punktów w kryterium oceny ofert „*doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy*”.

Aby ustalić, czy zamawiający przyznał przystępującemu punkty w spornym kryterium zgodnie z postanowieniami SIWZ należało prześledzić opis kryterium przedstawiony w SIWZ oraz sposób wykazania przesłanek przyznawania punktów wynikający ze specyfikacji. Kryterium oceny ofert „*doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy*” zostało opisane przez zamawiającego następująco:

Kryterium doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy – waga 40%.

Za doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającemu uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, przy realizacji co najmniej jednej umowy polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³ i obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej.

W przypadku braku wskazania ilości umów Zamawiający uzna, że doświadczenie to wynosi 1 umowa polegająca na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie budynku o kubaturze co najmniej 6000 m³ i obejmującej swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej.

Wykonawca zobowiązany jest podać pełną liczbę. „DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE OSOBY PRZEZNACZONEJ DO PEŁNIENIA FUNKCJI KIEROWNIKA BUDOWY należy podać w sposób jednoznaczny tj. liczbą w przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ”.

Ponadto istotna okazała się treść wzoru wykazu osób, jaki wykonawcy zobowiązani byli wypełnić. Na uwagę zasługiwał fakt, że we wzorze tym wymagał podania jedynie następujących informacji

Oświadczam/-y, że w wykonywaniu niniejszego zamówienia będą uczestniczyć następujące osoby:

1) Funkcja Kierownika Budowy

L.p.	Imię i nazwisko osoby	Umowa pomiędzy Wykonawcą a Inwestorem nr umowy	Data umowy	Inwestor	Kubatura budynku	Podstawa do dysponowania osobami
1						
2						
...						

Przystępujący załączył do swej oferty wypełniony wzór załącznika nr 6 do SIWZ (wykaz osób). W wykazie tym oświadczył, że w wykonywaniu niniejszego zamówienia będzie uczestniczył na funkcji kierownika budowy pan mgr inż. M. K. . Oświadczył, że ww. osoba

posiada doświadczenie zawodowe osoby przeznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy - 6 UMÓW.

L.p.	Imię i nazwisko osoby	Umowa pomiędzy Wykonawcą a Inwestorem nr umowy	Data umowy	Inwestor	Kubatura budynku	Podstawa do dysponowania osobami
1	Mgr inż. K. M.	Umowa nr 1/B/2017 na zadanie pn. „Budowa salonu samochodowego z częścią serwisową, myjnią i magazynem oraz towarzyszącej infrastruktury drogowej (dojścia, dojazdy, parkingi), elementów małej architektury i totemu oraz rozbiórka wiaty i muru oporowego w Katowicach przy ul. 73-go Pułku Piechoty 1”	21.09.2017 r	Przedsiębiorstwo EURO-KAS S.A z siedzibą w Katowicach 40- 467, ul. 73 Pułku Piechoty1	13 802,00 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
2	Mgr inż. K. M.	Umowa nr RZP/129/19 na zadanie pn. „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn.” Centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia LabMed”	05.02.2019 r	Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach 40-055, ul. Poniatowski ego 15	9 146,00 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
3	Mgr inż. K. M.	Umowa nr RZP/482/12 wraz z wykonaniem zamówień dodatkowych RZP/771/2013 RZP/521/2014 RZP/918/2014 na zadanie pn.” Przebudowa Centrum medycyny	08.08.2012 r. wraz z wykonaniem zamówień dodatkowych 03.10.2013 r	Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach 40- 055, ul. Poniatowski	22 711,70 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r

		Doświadczalnej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – Wydział Lekarski SUM w Katowicach”	04.06.2014 r 18.09.2014 r	ego 15		
4	Mgr inż. K. M.	Umowa na roboty budowlane dla zadania pn. „Budowa budynku produkcyjno, biurowo, socjalnego w Chełmie Śląskim”	23.06.2009 r	PPHU Oknohit Sp. J. z siedzibą w Oświęcimiu 32- 600, ul. Kolbego 9	26 895,40 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
5	Mgr inż. K. M.	Umowa nr 01/MS/2011 na zadanie pn. „Rekreacyjna Dolina – Mały Staw”	10.01.2011 r	Spec Bau Polska Sp. z o.o z siedzibą w Oświęcimiu 32- 600, ul. Zaborska 1A	13 342,70 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r
6	Mgr inż. K. M.	Kontrakt nr 4/B/2014 na zadanie pn. „Kontrakt nr 1 – Rozbudowa instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w Bierkowie”	30.05.2014 r	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku 76-200, ul. Szczecińska 112	30 631,47 m ³	Umowa o pracę na czas nieokreślony od dnia 03.03.2008r

Odwołujący w odniesieniu do tak wypełnionego wykazu osób złożonego przez przystępującego, co do inwestycji z pozycji 3 i 6, podniósł, że z jego treści nie sposób było wyczytać żadnych cech i właściwości wskazanych w SIWZ, pozwalających przyznać za te inwestycje punkty.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu, w pierwszej kolejności należało stwierdzić, że nie polega na prawdzie stanowisko, jakoby w wykazie nie podano żadnych cech tych inwestycji, istotnych z punktu widzenia punktacji. W pozycji 3 i 6 podano choćby kubaturę budynków oraz określono, że roboty polegały odpowiednio na „przebudowie” i

„rozbudowie” budynku. Owszem z opisu obu pozycji nie wynikało, czy obejmowały one swym zakresem co najmniej roboty konstrukcyjne i instalacje w branży elektrycznej, wodno-kanalizacyjnych, ciepłej i wentylacyjnej. Podkreślenia wymagało jednak, że brak w tym zakresie wynika z takiego a nie innego brzmienia wzoru wykazu osób sporządzonego przez zamawiającego, do którego przystępujący się jedynie zastosował. Jeśli odwołujący zatem sformułował zarzut, że określonych treści w opisie obu inwestycji nie odnalazł, to tak postawiony zarzut należało uznać za nietrafny, gdyż nie było wymogu, aby te informacje podać w szczególności oczekiwanej przez odwołującego.

Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z opisem kryterium podstawą do przyznania dodatkowych punktów za doświadczenie zawodowe kierownika budowy było oświadczenie wykonawcy o „liczbie” zadań referencyjnych, na jakich miał pełnić funkcję kierownika budowy. Zamawiający w opisie kryterium trzykrotnie zwracał na to uwagę wykonawcom, nakładając obowiązek podania informacji przez wskazanie „pełnej liczby” umów, określając skutki niepodania liczby umów oraz skutki niepodania tej liczby w sposób jednoznaczny.

Podkreślenia wymaga, że przystępujący zastosował się do tak sformułowanych postanowień SIWZ. W treści swego wykazu osób złożył oświadczenie o doświadczeniu kierownika budowy zdobyte przy 6 zadaniach referencyjnych. Ponieważ podstawą do przyznania maksymalnej liczby punktów był udział kierownika w 5 lub więcej zadaniach referencyjnych, to przyznanie przystępującemu 40 punktów należało uznać za zgodne z SIWZ.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu odwołującego dotyczącego zadania pn. „Rekreacyjna Dolina – Mały Staw” (pozycja 5 wykazu). W odniesieniu do tej umowy odwołujący podniósł, że przystępujący nie był wykonawcą na tej inwestycji, a pan M. K. nie pełnił funkcji kierownika budowy podczas realizacji spornej umowy. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy NPzp, *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutek prawny*. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Tymczasem przystępujący złożył dowody przeciwne załączone do zgłoszenia przystąpienia. Przystępujący przedstawił oświadczenie Katowickiej Spółdzielni Mieszkaniowej z 1 lipca 2021 r., z którego wynikało, że na jej inwestycji pn. „Rekreacyjna Dolina – Mały Staw” pan mgr inż. M. K. pełnił funkcję kierownika budowy (dowód nr 3, załączony do zgłoszenia przystąpienia). Przystępujący przedstawił także pisemne oświadczenie samego pana M. K., że na ww. inwestycji pełnił funkcję kierownika budowy (dowód nr 4). W tej sytuacji zarzuty odwołującego podlegały oddaleniu jako niezasadne.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu odwołującego dotyczącego zadania „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla przedsięwzięcia pn. Centrum Badawczo-Wdrożeniowe Silesia LabMed”. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający nie mógł przyznać punktów przystępującemu za doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy realizacji tej inwestycji, gdyż nie została ona ukończona.

Po pierwsze należało stwierdzić, nawet bez tego zadania przystępujący dysponował już liczbą 5 zadań uprawniających do przyznania maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy. Tym niemniej Izba uznała zarzuty za nietrafne. Izba stwierdziła, że umowa na wykonanie robót budowlanych dla ww. inwestycji nie została wprawdzie jeszcze wykonana, jednakże budynek został już oddany do użytkowania. Kompletny wniosek o pozwolenie na użytkowanie dla tej inwestycji złożono już bowiem 27 kwietnia 2021 r. Co więcej, na podstawie tego wniosku właściwy organ w dniu 5 maja 2021 r. wystawił zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu w zakresie zamiaru przystąpienia do użytkowania (por. dowód nr 6 – zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu z 5 maja 2021 r. wydane przez Powiatowy Inspektorat nadzoru Budowlanego w Katowicach, załączone do zgłoszenia przystąpienia). Podkreślenia wymagało, że uprawniony organ w tym zaświadczeniu wypowiadał się o inwestycji jako zrealizowanej. Zdaniem Izby, takie zaawansowanie robót umożliwiało legitymowanie się przez pana M. K. doświadczeniem zdobytym podczas pełnienia funkcji kierownika budowy na spornym zadaniu. Izba wzięła pod uwagę, że termin składania ofert upłynął później bo 17 maja 2021 r. a więc już po złożeniu tego wniosku i po niewniesieniu sprzeciwu przez organ na przystąpienie do użytkowania. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu jako niezasadny.

Izba pominęła przy wyrokowaniu zarzut dotyczący podania przez przystępującego w wykazie osób nieprawdziwego oświadczenia co do kubatury budynku na kontrakcie nr 4/B/2014 na zadanie pn. „Kontrakt nr 1 – Rozbudowa instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w Bierkowie” (pozycja 6 wykazu osób przystępującego). Odwołujący w trakcie rozprawy podniósł, że kubatura kompostowni na tym zadaniu wyniosła jedynie 3.237 m³ (1295 m² x 2,5 m), zamiast 6000 m³ wymaganych w opisie kryterium. Na tę okoliczność złożył dowody nr 7 i 8 na posiedzeniu Izby.

Jak wynika z treści art. 555 ustawy NPzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią*

kwalfikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalfikacji prawnej.”.

Izba stwierdziła, że kwestia złożenia przez przystępującego nieprawdziwego oświadczenia co do kubatury budynku na inwestycji „Rozbudowa instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w Bierkowie” nie była przedmiotem odwołania. Jeśli odwołujący zamierzał podważyć oświadczenie przystępującego o kubaturze obiektu na tej inwestycji podane w wykazie osób przystępującego (30.631,47 m³), to powinien w tym zakresie sformułować zarzut w odwołaniu, czego nie uczynił.

Chybione okazały się zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania przez zamawiającego weryfikacji stawki podatku VAT przyjętej w ofercie przystępującego i zaniechania odrzucenia jego oferty z powodu zastosowania jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23%.

Izba, po dokonaniu analizy uzasadnienia odwołania, dowodu nr 4 (opinia prawnopodatkowa z 13.07.2021r. dr T. K. – radcy prawnego, doradcy podatkowego) i dowodu nr 5 (interpretacja indywidualna dyrektora KIS z 19.09.2018r. nr 0112-KDIL1-3.4012.460.2018.2.A5), wyjaśnień przystępującego co do przyczyn zastosowania stawki 23 % z 10 czerwca 2021 r., wyjaśnień sześciu innych wykonawców, którzy zastosowali analogiczną stawkę stwierdziła, że organy podatkowe, a także sądy administracyjne, a nawet sama Izba w kwestii stawki podatku VAT dla dostawy instalacji gazów medycznych wykonywanej podczas budowy czy rozbudowy budynków szpitalnych zajmowały sprzeczne stanowiska (por. orzecznictwo organów, sądów administracyjnych oraz Izby przywołane w ww. dokumentach). Na trudności interpretacyjne w tym zakresie wskazywał również fakt, że w 7 z 12 ofert, jakie złożono w postępowaniu, wykonawcy przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Wobec niepewności interpretacyjnej co do omawianej kwestii, tym bardziej kluczowym było, aby strona która kwestionowała prawidłowość prawnopodatkowej kwalfikacji świadczenia zaoferowanego przez konkurenta przedstawiła silne, niepodważalne, rozstrzygające, wiążące i niebudzące wątpliwości dowody przemawiające za zasadnością swego stanowiska. Takich dowodów odwołujący Izbie nie zaoferował. Zdaniem Izby odwołujący nie sprostał konieczności wykazania trafności swych zarzutów. Podkreślenia wymagało, że odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu nie przedstawił w charakterze dowodu przykładowo interpretacji podatkowej w tej sprawie, która wiązałaby

zamawiającego i wykonawców. Odwołujący przedstawił wprawdzie w charakterze dowodu interpretację podatkową (interpretacja indywidualna dyrektora KIS z 19.09.2018r. nr 0112-KDIL1-3.4012.460.2018.2.A5 – dowód nr 5 złożony na posiedzeniu). Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że interpretacja ta dotyczyła innego przedsięwzięcia, a więc nie wiązała ona w tej sprawie. Odwołujący przedstawił także prywatną opinię doradcy podatkowego (por. opinia prawnopodatkowa z 13.07.2021r. dr T. K. – radcy prawnego, doradcy podatkowego, dowód nr 4). Do opinii tej należało jednak podejść z dużą ostrożnością w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, przedstawionego w niniejszym uzasadnieniu. Nie bez znaczenia pozostawał również fakt, że opinia została sporządzona na zlecenie samego odwołującego.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia. Cel postępowania został wyraźnie wskazany w treści SIWZ. W punkcie 1 PFU – załącznik nr 3 do SIWZ (str. 13) zastrzeżono, że *„Celem, który Zamawiający zamierza osiągnąć poprzez realizację niniejszego zamówienia jest utworzenie nowoczesnego, sprawnego, odpowiadającego na regionalne zapotrzebowanie Śląskiego Centrum Chorób Zakaźnych obejmującego Oddział Chorób Zakaźnych z punktem przyjęć planowych, część ambulatoryjną, wielofunkcyjny zespół rezerwowych pomieszczeń chorych, z funkcjami obserwacji, diagnozowania pacjentów, szkolenia personelu i konsultacji medycznych, archiwum oraz zaplecze socjalne i techniczne.”* Przedmiotem zamawianego przez zamawiającego świadczenia było zatem utworzenie Śląskiego Centrum Chorób Zakaźnych w sensie nowej jednostki szpitalnej. Istotą zamówienia była przebudowa i rozbudowa istniejącego obiektu, tj. pralni do założeń opisanych w PFU z przeznaczeniem na kompleksowy budynek oddziału chorób zakaźnych. Powyższe łączyło się ze zmianą funkcji obiektu i zmianą wedle klasyfikacji obiektów budowlanych (KOB). Celem postępowania nie była więc dostawa instalacji gazów medycznych, czy też proste doposażenie istniejącego budynku szpitalnego w te instalacje z robotami towarzyszącymi. Wzięto pod uwagę, że opis instalacji gazów medycznych zajmował jedynie 2 z 80 stron PFU. Przy prawnopodatkowej kwalifikacji znaczenie miała także niewielka wartość instalacji gazów medycznych (poniżej 1 mln zł) w stosunku do wartości globalnej ofert, stanowiąc jedynie około 3% tych cen (por. dowody nr 2 i 3 złożone przez odwołującego, zestawienie cen ofertowych, w aktach sprawy). Nie budziło zatem wątpliwości, że w ramach kompleksowych robót budowlanych mają być wykonane m.in. roboty branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych, która nie stanowi dla zamawiającego celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy przystępujący uprawniony był do zastosowania konstrukcji tzw. świadczenia kompleksowego. Jeżeli bowiem podatnik dokonuje kilku świadczeń na rzecz jednego klienta i są one ze sobą powiązane tak, że z

ekonomicznego punktu widzenia tworzą jedną całość, którą jedynie sztucznie można byłoby podzielić na elementy dla celów podatku od towarów i usług, to winny stanowić jedną całość. Stanowisko takie zostało przedstawione choćby w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 25 lutego 1999 r. w sprawie Card Protection Plan Ltd (CPP) vs Commissioners of Customs and Excise (sygn. C-349/96). Zdaniem Izby rozdzielenie dostawy instalacji gazów medycznych od pozostałych robót polegających na kompleksowej przebudowie i rozbudowie budynku połączonej ze zmianą jego klasyfikacji i funkcji byłoby, w okolicznościach danej sprawy, sztuczne, a przyjemniej nie wykazano okoliczności przeciwnej. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....