

Sygn. akt: KIO 1504/14

**WYROK**  
z dnia 8 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: A..... C.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ANATEX inż. A..... C.....** (Lider Konsorcjum) oraz **ANATEX Sp. z o.o.** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Handlowa 6G, 15-399 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez **Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Curie-Skłodowskiej, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok**

przy udziale **wykonawcy EKO-SYSTEM, KOSTRO, RADLMACHER Spółka Jawna, Al. 1000 Lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawcy B..... S.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BAZ-BUD inż. B..... S.....**, ul. **Stokrotki 37, 15-554 Białystok**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: A..... C.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Wielobranżowe**

**Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ANATEX inż. A..... C.....  
(Lider Konsorcjum) oraz ANATEX Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum:  
ul. Handlowa 6G, 15-399 Białystok i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: A..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ANATEX inż. A..... C..... (Lider Konsorcjum) oraz ANATEX Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Handlowa 6G, 15-399 Białystok** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: A..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ANATEX inż. A..... C..... (Lider Konsorcjum) oraz ANATEX Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Handlowa 6G, 15-399 Białystok** na rzecz **Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Curie-Skłodowskiej, ul. Ogrodowa 12, 15-027 Białystok** kwotę **3 971 zł 95 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Curie-Skłodowskiej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dokończenie realizacji robót budowlanych wielobranżowych związanych z adaptacją zespołu budynków położonych w Białymstoku przy ul. Ogrodowej 12 i Warszawskiej 15 na potrzeby Białostockiego Centrum Onkologii im. M. Skłodowskiej – Curie w Białymstoku – I etap”. Zamawiający przedmiotowe zamówienie podzielił na trzy zadania, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych na każde z nich. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 maja 2014 r. pod nr 2014/S 097-168668.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: A..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane ANATEX inż. A..... C..... (Lider Konsorcjum) oraz ANATEX Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Białymstoku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 lipca 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy zadania nr 1 („Budynek Nr 13 z parkingiem podziemnym i zagospodarowaniem terenu”) i zadania nr 2 („Budynek Nr 14 i 15”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 lipca 2014 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 15 lipca 2014 r. drogą faksową.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 24 lipca 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 28 lipca 2014 r. do Prezesa Izby złożyli swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego:

- 1) wykonawca EKO-SYSTEM, KOSTRO, RADLMACHER Spółka Jawna z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Przystępujący EKO-SYSTEM”)
- 2) wykonawca B..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BAZ-BUD inż. B..... S..... z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Przystępujący BAZ-BUD”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 4 sierpnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie co do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 1 i nr 2. W tym zakresie zarzucił on Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1 i 2;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego w zakresie zadań nr 1 i 2;
- 3) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert;
- 4) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 1 i 2.

W uzasadnieniu odwołania podkreślił, że w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących:

- elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp;
- sposobu ustalenia ceny brutto w zakresie przyjęcia przez Odwołującego dwóch stawek VAT- 8% i 23% - w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że w wyznaczonym terminie przekazał Zamawiającemu w terminie wyjaśnienia w żądanym zakresie, a Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jako zawierającej rażąco niską cenę, a także zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący nie podzielił argumentacji i ocen dokonanych przez Zamawiającego co do odrzucenia jego oferty, wskazując, że zostały one podjęte z naruszeniem prawa.

Co do kwestii ceny rażąco niskiej Odwołujący podniósł, że porównując ceny ofertowe ofert podlegających ocenie i wyborowi (oferty Nr 1, 6, 7) należy stwierdzić, iż wszystkie ceny (zarówno w zadaniu nr 1 jak i nr 2) są istotnie niższe od wartości szacunkowej zamówienia.

Różnica pomiędzy cenami Odwołującego, a cenami wybranych ofert (w zadaniu nr 1 - oferta Nr 1; w zadaniu nr 2 - oferta Nr 6) wynosi odpowiednio 20,3% i 23,2% i jest to wielkości, które znacząco nie odbiegają od siebie. Powołał się na dane zawarte w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 roku” w pkt II.2.5 „Uzyskiwane ceny” (str. 32 Sprawozdania) oraz zestawienia zawartego w Załączniku Nr 10 do tego Sprawozdania (str. 99 Sprawozdania). Z danych tych według niego wynika, że taka różnica cen, tzn. różnica pomiędzy ceną minimalną, a maksymalną nie przekraczającą 30% występuje w 34% postępowań, co oznacza, że w 66% postępowań, których przedmiotem były roboty budowlane różnica pomiędzy ceną minimalną a maksymalną była większa niż 30%. Co do kwestii różnicy pomiędzy cenami ofertowymi, podkreślił, iż w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, że istotnym elementem wpływającym na kalkulacje cen, ma także dotychczasowe doświadczenie każdego z wykonawców w zakresie realizacji robót budowlanych dotyczących obiektów służby zdrowia, a w konsekwencji poziom kalkulowanego ryzyka nieobjęcia przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia wszystkich robót niezbędnych dla wykonania zamówienia. Zwrócił także uwagę, iż sam Zamawiający ma świadomość znaczącego przeszacowania wartości zamówienia, czego dowodem jest to, iż w trakcie otwarcia ofert, działając zgodnie z regulacją art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający podał kwoty, jakie przeznacza na sfinansowanie zamówienia w wysokościach: zadanie nr 1 - 11.545.300,00 PLN (ok. 83,7% wartości szacunkowej, która w odniesieniu do kwoty podawanej na otwarciu ofert, nie obejmuje podatku VAT) i zadanie nr 2 - 15.230.450,00 PLN (ok. 79,6% wartości szacunkowej, która w odniesieniu do kwoty podawanej na otwarciu ofert nie obejmuje podatku VAT). Powyższe jego zdaniem oznacza, że ta różnica jest jeszcze większa, a więc takie porównania rachunkowe stają się mało wiarygodne. Odwołujący wskazał także na swoje wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu we wskazanym zakresie, w których przedstawił szerokie i szczegółowe wyjaśnienia, odnosząc się zgodnie z wymaganiami Zamawiającego do „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, załączając także niektóre dokumenty, potwierdzające przedstawianą argumentację. W wyjaśnieniach tych wskazał na:

- korzystanie z bardzo korzystnych rabatów z uwagi na wieloletnią i znaczącą współpracę z lokalnymi hurtowniami;
- korzyści tzw. „logistyczne” wynikające z faktu prowadzenia, w niedalekiej odległości od miejsca świadczenia objętego postępowaniem, szeregu innych inwestycji w Białymstoku;
- sprzyjające warunkiem wykonania zamówienia dostępne dla Odwołującego. Siedziba firmy, jak i bazy sprzętu, jest zlokalizowana w bardzo bliskim sąsiedztwie planowanej

inwestycji. Ta zgodność lokalizacyjna jest wyjątkowo sprzyjającym warunkiem wykonania zamówienia, pozwalającą na przyjęcie w kalkulacji ceny ofertowej niższych kosztów związanych z kosztami transportu, dojazdów, zakwaterowania i diet dla pracowników, itp. kosztów;

- fakt posiadania bogato wyposażonej bazy własnego sprzętu (wykaz posiadanego i własnego sprzętu starowi załącznik do wyjaśnień). Fakt posiadania własnego sprzętu (Odwołujący nie posiada sprzętu w leasingu lub innej niż własność formie władania) pozwala na ograniczenie kosztów związanych z wynajmem sprzętu, zdecydowanie obniża koszty związane z transportem sprzętu na budowę oraz pozwala stosować własne stawki do kalkulacji jego pracy. Odwołujący uzyskał dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2007- 2013 na zakup sprzętu budowlanego, co pozwoliło na konieczne doposażenie i modernizację bazy sprzętowej;
- zatrudnianie pracowników, z lokalnego rynku, co pozwala na eliminację przy kalkulowaniu ceny ofertowej kosztów związanych z zakwaterowaniem i dietami pracowników oraz z kosztami ich transportu. Fakt posiadania własnej kadry i brygad do robót branżowych eliminuje konieczność posilkowaniem się i zlecenia wykonania robót branżowych na zewnątrz (podwykonawcom);
- struktura organizacyjna firmy Odwołującego jest stosunkowo prosta co wprost przekłada się na niskie koszty ogólnego zarządu (schemat organizacyjny przedsiębiorstwa w załączniku do wyjaśnień);
- koszty zarządu zostały dodatkowo obniżone (zoptymalizowane) poprzez wprowadzenie i funkcjonowanie Zintegrowanego Systemu Zarządzania. W ramach usprawniania w/w systemu Odwołujący z sukcesem wprowadził informatyczny system zarządzania specjalnie opracowany dla naszego przedsiębiorstwa tj. Asseco Softlab ERP. Funkcjonowanie tego systemu obniżyło koszty prowadzenia przedsiębiorstwa i pozwala na obniżanie kosztów zarządu dla poszczególnych inwestycji;
- posiadanie własnych baraków oraz kontenerów biurowych i socjalnych, w związku z czym przy kalkulacji ceny ofertowej przedmiotu zamówienia koszty związane z zapleczem budowy zostały maksymalnie obniżone, a koszty związane z wynajmem baraków i kontenerów całkowicie wyeliminowane;
- posiadanie własnego zakładu ślusarskiego;
- wdrożony u Odwołującego System Zarządzania Jakością oraz procedurę zarządzania jakością, które usprawniły organizację pracy i pozwoliły na zdecydowane obniżenie kosztów związanych z realizacją poprawek, aż o 66%.

Odwołujący podkreślił, że jeśli Zamawiający uznał, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, to mając na uwadze fakt, iż dotyczy to wyjaśnień, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia we wskazanym zakresie. W tym kontekście wskazał też na fakt lakoniczności treści wezwania skierowanego do Odwołującego. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok KIO z dnia 26 lutego 2014 r. (sygn. akt: KIO 246/14). Nieuprawnione było też zdaniem Odwołującego twierdzenie Zamawiającego, że ocena przedłożonych przez niego wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską ceną.

Co do kwestii uznania, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny Odwołujący wskazał, że także w tym zakresie decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest wadliwa. Podkreślił, że podstawą podjęcia decyzji Zamawiającego o uznaniu jako błędu w obliczeniu ceny w jego ofercie było przyjęcie przez Odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 8% na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych. Zamawiający upatrywał zasadności swojej decyzji w tym zakresie w interpretacji udzielonej w odpowiedzi na zapytanie przedstawione we wniosku z dnia 6.10.2009 r. do Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach. Odwołujący podkreślił, że nie jest mu znana treść tej odpowiedzi, ale z punktu widzenia obowiązującego prawa, przywołanie przez Zamawiającego takiej decyzji, jako rozstrzygającej nie może być decydujące. Odwołujący domniemywał, iż powyższy dokument został wydany na podstawie przepisów rozdziału 1a „Interpretacje przepisów prawa podatkowego” art. 14b ustawy z dnia 29 czerwca 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 749 ze zm.) oraz przepisów rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. z 2007 r. Nr 112, poz.770 ze zm.) Wskazał, że przywołana przez Zamawiającego odpowiedź Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach została zapewne udzielona w trybie art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa i jako taka, stanowi interpretację indywidualną, a w związku z tym jest wiążąca tylko w odniesieniu do okoliczności wskazanych przez wnioskodawcę i stanowi ocenę własnego stanowiska wnioskującego. Podkreślił, że jeżeli wnioskującym był Zamawiający to uzyskany dokument jest bezprzedmiotowy, jako wydany przez nieuprawniony organ. Zgodnie z przepisami § 5 przywołanego rozporządzenia Ministra Finansów Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach jest właściwym do wydania interpretacji indywidualnej, jeżeli wnioskodawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę w województwie: małopolskim, podkarpackim lub śląskim. W świetle obowiązującego prawa jego zdaniem nie mógł więc wydać takiej interpretacji wnioskodawcy mającemu siedzibę w województwie podlaskim. Jeżeli natomiast wnioskującym nie był Zamawiający, tylko jakikolwiek inny podmiot mający miejsce zamieszkania lub siedzibę we wskazanych trzech województwach, to powyższa interpretacja

indywidualna nie może być wykorzystywana przez inny podmiot, w tym Zamawiającego mającego siedzibę w województwie podlaskim. Co do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do przepisów art. 41 ust. 12 i 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) Odwołujący podniósł, że jest ona bezprzedmiotowa, jako że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w ogóle nie odnosił się do okoliczności ujętych tymi przepisami. Podkreślił, że zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący, jako podstawę dla przyjęcia 8% stawki VAT dotyczącej instalacji gazów technicznych odwołała się do: art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług oraz Załącznika Nr 3 do ustawy poz. 105 oraz przepisów art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 ze zm.). Powyższe w jego ocenie oznacza, iż podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający całkowicie zbagatelizował złożone przez niego wyjaśnienia i swoją decyzję podjął na podstawie oceny okoliczności, których Odwołujący nie podnosił. Podkreślił, że sposób kalkulacji jego ceny ofertowej i przyjęcie przez niego w zakresie dostawy i montażu instalacji gazów medycznych stawki VAT w wysokości 8% było następstwem pozyskanej i posiadanej przez Odwołującego wiedzy. Wskazał, że uczestnik Konsorcjum Odwołującego – firma ANATEX Sp. z o.o., działając zgodnie z przepisami § 4 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego zwrócił się do właściwego organu - Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, z następującym pytaniem: *„Czy prawidłowe jest stanowisko, że na podstawie art.41 ust.2 w związku z pozycją 105 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, Spółka zastosuje 8% stawkę podatku od wynagrodzenia za dostawę i montaż wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych w postaci instalacji gazów medycznych, w ramach robót ogólnobudowlanych (w części, w której Spółka otrzyma certyfikat potwierdzający, iż jest to wyrób medyczny) ?”*. W odpowiedzi na powyższe pytanie Spółka ANATEX uzyskała, jako wnioskodawca, interpretację indywidualną, wydaną przez organ właściwy - Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, która wedle Odwołującego potwierdza poprawność stanowiska zawartego we wniosku, a dotyczącego przedmiotu sporu - poprawności naliczania 8% stawki podatku VAT w zakresie dostawy i montażu instalacji gazów medycznych. Wskazał na str. 3 owej interpretacji, gdzie wskazano: *„W świetle obowiązującego stanu prawnego stanowisko Wnioskodawcy w sprawie oceny prawnej przedstawionego zdarzenia przyszłego uznaje się za prawidłowe”*. Przedłożył jako dowód w sprawie wskazaną interpretację indywidualną zawartą w piśmie Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 12 lutego 2013 r. sygn. pisma ITPP2/443-1428/12/A W. Podkreślił, że na podstawie tej interpretacji Odwołujący dokonywał już analogicznych rozliczeń, stanowiących w przedmiotowym postępowaniu



przedmiot sporu z Zamawiającym, stosując 8% stawkę podatku VAT na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych. Jako dowód w sprawie złożył fakturę VAT Nr FA/0017/05/2013 z dnia 31 maja 2013 r. wystawioną na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży, gdzie w poz. 2 wskazano: „*Za wykonane roboty budowlane zgodnie z Umową nr 137/ZT-SZP-226/01/21p/2012 zawartej w dniu 13.11.2012 r. oraz Protokołem Częściowego Odbioru Wykonanych Robót nr 6 - inst. gazów medycznych*” stawkę VAT - 8%.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, a dodatkowo w kwestii zarzutu ceny rażąco niskiej powołał się także na dane ze Sprawozdania Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za 2013 r. oraz na orzeczenie KIO w sprawie KIO 664/14, wskazując na obowiązek żądania przez Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień od Odwołującego, w sytuacji uznania, że wcześniej złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie są wystarczające dla Zamawiającego. Co do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny dodatkowo na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzeczenie KIO 2012/12, a także orzeczenia NSA w sprawach I Fsk 958/10 i I Fsk 869/10 wskazujące, że jako wyjątek od zasady należy traktować sytuację ustalania łącznej stawki VAT dla odrębnych świadczeń i do wyrobu medycznego, jakim jest instalacja gazów medycznych, zastosowanie powinna znaleźć preferencyjna stawka podatku VAT (8%). W tym zakresie jako dowody w sprawie przedłożył uzyskane od swojego podwykonawcy w zakresie tego rodzaju instalacji, certyfikaty CE i deklaracje zgodności, które były wydane w związku z analogicznymi zamówieniami realizowanymi dla SPP ZOZ w Choroszczy i Szpitala Wojewódzkiego w Łomży w celu wykazania, że instalacja gazów medycznych stanowi wyrób medyczny. Powołał się też na orzeczenie TS UE w sprawie C-349/96, odnoszące się do kwestii świadczenia złożonego i podkreślając, że Trybunał wskazał, że usługa pomocnicza występuje wówczas, gdy nie stanowi celu samego w sobie, zaś w niniejszym postępowaniu – jego zdaniem - instalacje gazów medycznych stanowią cel sam w sobie jako wyrób medyczny i jako takie powinny być potraktowane jako odrębne świadczenie z odrębną, preferencyjną stawką 8% VAT.

W efekcie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie: 3 600 zł.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 sierpnia 2014 r. złożonym do akt sprawy przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał w niej, że uznał, że cena ofertowa Odwołującego znacznie odbiega od wartości przedmiotu zamówienia, podając w oparciu o kosztorys inwestorski, że oferta ta jest niższa od tej wartości o 25,41% (w zadaniu nr 1) i 25,92% (w zadaniu nr 2), a w stosunku do średniej ceny

pozostałych, przedłożonych ofert o zbliżonej wartości, jest niższa o 27,26% (w zadaniu nr 1) i 30,68% (w zadaniu nr 2). Powyższe – jego zdaniem – uzasadniało wystąpienie do Odwołującego w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były ogólnikowe i niewystarczające. Przykładowo wskazał, że przedstawione przez Odwołującego poziomy rabatów rzędu 40% nie wskazują na przewagę Odwołującego w stosunku do innych wykonawców działających na rynku, jak i wykonawców biorących udział w przetargu. Podkreślił, że rabaty od cen podstawowych i katalogowych materiałów stanowią odzwierciedlenie polityki marketingowej i cenowej poszczególnych producentów i sprzedawców materiałów budowlanych, a skala różnic rabatowych pomiędzy podmiotami działającymi na rynku wykonawców robót budowlanych, według wiedzy Zamawiającego, nie przekracza 4-5%. Wskazał też, że przy realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia w znacznym stopniu będą miały zastosowanie materiały nietypowe, na które Odwołujący nie przedstawił upustów. Jego zdaniem Odwołujący nie posłużył się konkretnymi wartościami przyjętymi, np. w oparciu o kosztorys ofertowy w odniesieniu do poszczególnych elementów zadania nr 1 i nr 2, które mogłyby zostać przeanalizowane przez Zamawiającego w oparciu o kosztorysy inwestorskie. Przetawił też tabelaryczne porównanie wartości ofert złożonych na poszczególne zadania w zestawieniu z wartością kosztorysu inwestorskiego i poziomie różnic procentowych do tego kosztorysu oraz w odniesieniu do średniej cen. Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO 669/14, KIO 239/14, KIO 3024/13) wskazał na obowiązek wykazania przez wykonawcę obiektywnych weryfikowanych czynników, które Zamawiający powinien ocenić pod kątem zaoferowania przez wykonawcę konkretnej ceny w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie sprostował temu obowiązkowi, nie wykazując, w jaki sposób ogólnikowo przyjęte przez niego „korzyści logistyczne” i inne czynniki cenotwórcze, mają wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę.

Co do drugiej kwestii – błędu w obliczeniu ceny – Zamawiający wskazał, że Odwołujący w obydwu zadaniach (zadaniu nr 1 i 2) przedstawił w swojej ofercie dwie zastosowane stawki podatku VAT – 8 i 23%. W tym zakresie został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W udzielonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że zastosował stawkę 8% na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych. Zamawiający powołał się na interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach na zapytanie z dnia 6 października 2009 r., z której to interpretacji – jego zdaniem - wynika, że usługi budowlane związane z instalacją gazów medycznych w budynku szpitala podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku VAT wynoszącej obecnie 23%. Według Zamawiającego o możliwości zastosowania 8% stawki podatku VAT na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy o VAT decyduje spełnienie przesłanek

przewidzianych w tych przepisach, zaś analiza tych przepisów wskazuje, że preferencyjna stawka podatku została przewidziana dla usług w zakresie budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy m.in. obiektów sklasyfikowanych według PKOB w klasie 1264, w sytuacji gdy w budynkach tych będzie świadczona przez instytucję ochrony zdrowia usługa zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, czyli będzie to instytucja świadcząca typowe usługi zakwaterowania, czyli realizująca cel mieszkaniowy wraz z opieką lekarską. Tym samym według niego roboty remontowo-budowlane wykonywane w budynkach sklasyfikowanych pod symbolem PKOB 1264 będą opodatkowane 8% stawką podatku VAT, jedynie w przypadku, gdy odbiorcą tych usług będzie instytucja świadcząca *sensu stricto* usługę zakwaterowania (realizacja celu mieszkaniowego) z opieką lekarską i pielęgniarską, która jest podstawowym celem przedmiotu świadczącego te usługi. Powołał się też na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2012 r. (III CZP 52/11), wskazującą, że błędna stawka podatku VAT w cenie ofertowej stanowi błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy SIWZ nie narzucała wykonawcom obowiązującej stawki podatku VAT. Zamawiający powołał się także na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r. (III CZP 83/10), gdzie Sąd wskazał, iż sprzedawca nie ma roszczenia o dopłatę do ustalonej uprzednio ceny, kwoty równej podatkowi VAT, obliczonemu od wartości świadczenia, jeżeli w umowie nie zastrzeżono zapłaty tej kwoty. Zamawiający przedstawił też swoje uwagi i dywagacje na temat rozstrzygnięcia podjętego przez Sąd Najwyższy co do uznania za błąd w obliczeniu ceny błędnej stawki podatku VAT, wskazując również na postulaty nowelizacyjne w tym względzie.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wskazując dodatkowo, że nie miał obowiązku prowadzenia postępowania wyjaśniającego co do każdego z elementów cenotwórczych, co potwierdza także wyrok KIO 669/14. Podkreślił, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przywołał szereg argumentów, które nie mają znaczenia dla niniejszego zamówienia, choćby dlatego, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dokończenie robót budowlanych i są to w większości prace wykończeniowe. Zamawiający potwierdzając, iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi wykonanie instalacji gazów medycznych, wskazał jednocześnie, że powyższe stanowi około 2% wartości całych robót i niezależnie od powyższego powinna mieć zastosowanie w tym przypadku jedna stawka 23% VAT, mająca zastosowanie do robót ogólnobudowlanych.

Zamawiający w efekcie, wnosząc o oddalenie odwołania, wniósł też o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 51,00 zł i kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 320,95 zł.

Przystępujący ECO-SYSTEM w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący BAZ-BUD również popierał stanowisko Zamawiającego. W toku rozprawy złożył do akt sprawy pismem stanowisko w sprawie (pismo z dnia 4 sierpnia 2014 r.), w którym wskazał m.in. na to, że w swojej argumentacji Odwołujący, odwołując się do sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych, dokonuje porównania między ofertą wybraną, a własną, a nie między ofertą najniższą i najwyższą, tymczasem porównując ofertę o cenie najniższej i najwyższej okazuje się że różnica w przypadku zadania nr 2 sięga nie 23,2%, a 33%. Według niego także sam fakt, że różnice w cenach w danym postępowaniu pozostają na zbliżonym poziomie do statystycznych różnic występujących we wszystkich postępowaniach, nie może stanowić argumentu potwierdzającego, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska, gdyż każda sytuacja powinna być oceniana indywidualnie w realiach konkretnego postępowania. Za bezpodstawny Przystępujący ECO-SYSTEM uznał argument Odwołującego o małej wiarygodności dokonanego porównania do ceny oferty kwoty wynikającej z kosztorysu inwestorskiego i kwoty na sfinansowanie zamówienia. Odnosząc się do poszczególnych elementów wyjaśnień Odwołującego dotyczących zaoferowanej ceny Przystępujący ECO-SYSTEM wskazał, że co do korzystania z rabatów to zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący działają na lokalnym rynku budowlanym, co oznacza, że mało wiarygodny jest argument Odwołującego o otrzymaniu znacząco większych rabatów na materiały budowlane. Podkreślił, że standardowe rabaty w branży budowlanej podmiotów z tej branży sięgają od 30% do 50-60%, co oznacza, że Odwołujący musiałby zaoferować rabaty średnio rzędu 70-80%, żeby osiągnąć w tym elemencie istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do Przystępującego ECO-SYSTEM. Według niego Odwołujący powinien był wykazać, iż otrzymane przez niego rabaty są znacząco wyższe niż te, które mogą uzyskać inni wykonawcy, w szczególności wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Zauważył, że wartość samych materiałów zgodnie z ofertą Przystępującego wynosi 12 646 444,90 zł brutto, co stanowi kwotę wyższą niż wartość całej oferty złożonej przez Odwołującego (11 283 291,97 zł), co oznacza, według niego, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest nierealna. Co do kwestii korzyści logistycznych oraz siedziby firmy i bazy sprzętu zlokalizowanej w bliskim sąsiedztwie planowanej inwestycji, jak też kosztów zatrudniania pracowników z lokalnego rynku, podkreślił, że wszystkie podmioty, które złożyły oferty w niniejszym postępowaniu są firmami lokalnymi, co nie może świadczyć o jakiegokolwiek przewadze konkurencyjnej Odwołującego w stosunku do pozostałych ofert. Co do faktu

posiadania bazy własnego sprzętu podkreślił, że powyższe nie jest równoznaczne z możliwością zaoferowania znacząco niższej ceny, gdyż Odwołujący powinien wykazać konkretne różnice kosztowe między korzystaniem wyłącznie z własnego, a wykorzystywaniem częściowo własnego, a częściowo wynajmowanego bądź leasingowanego sprzętu przy realizacji konkretnego zamówienia, a sam fakt posiadania własnego sprzętu nie musi koniecznie oznaczać automatycznie obniżenia kosztów bowiem w takim przypadku dochodzą, np. koszty spłaty kredytu, koszty serwisu i napraw, koszty garażowania czy ubezpieczenia. Co do kwestii struktury organizacyjnej i niskich kosztów zarządu podkreślił, że w skład Konsorcjum Odwołującego wchodzi spółka kapitałowa, której struktura organizacyjna jest z istoty rzeczy bardziej skomplikowana niż struktura przedsiębiorstwa prowadzonego w formie jednoosobowej, a koszty zarządu są wyższe choćby w związku z funkcjonowaniem zarządu, czy też koniecznością prowadzenia pełnej rachunkowości, zaś program komputerowy wskazywany przez Odwołującego jest standardowym programem oferowanym przedsiębiorcom i twierdzenie, że został opracowany dla Odwołującego mija się z rzeczywistością. Co do posiadania własnych baraków i kontenerów biurowych i socjalnych podkreślił, że Odwołujący nie wykazał, czy i w jakim stopniu rzeczywiście posiadanie własnych baraków i kontenerów wpływa na możliwość zaoferowania niższej ceny, a w tym zakresie Odwołujący może także ponosić dodatkowe koszty związane ze spłatą kredytów itp. Co do posiadania własnego zakładu ślusarskiego podkreślił, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób powyższe wpływa na obniżenie kosztów wykonania tego konkretnego zamówienia. Co do posiadania przez Odwołującego Systemu Zarządzania Jakością oraz procedury zarządzania jakością podkreślił, że Odwołujący twierdzi, że powyższe pozwoliło na obniżenie kosztów związanych z realizacją poprawek o 66% nie wykazując jakie są to koszty (liczbowo), jak również nie popiera swych twierdzeń dowodami.

Odnosząc się do zarzutu błędu w obliczeniu ceny Przystępujący ECO-SYSTEM podkreślił, że powoływanie się przez Odwołującego na interpretację indywidualną jest nieuprawnione, bowiem uzyskanie interpretacji o danej treści nie oznacza iż wskazany w niej sposób kwalifikacji pewnych zdarzeń jest bezwzględnie zgodny z przepisami prawa podatkowego. Interpretacja podatkowa może być bowiem zmieniona lub nieuwzględniona w toku postępowania podatkowego, a zatem działanie podatnika może być w efekcie uznane za sprzeczne z przepisami prawa podatkowego, zaś skutek postępowania zgodnie z interpretacją polega na zwolnieniu z obowiązku zapłaty podatku zgodnie z art. 14k Ordynacji podatkowej. Wskazał też, że ustawa Pzp nie przewiduje szczególnych regulacji związanych z powoływaniem się na interpretację podatkową stąd też nie rodzi ona zobowiązania do określonego działania zarówno po stronie wykonawcy,

jak i zamawiającego. Tym samym to do Zamawiającego należy ocena prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, które to działanie z kolei podlega kontroli KIO na gruncie prawa podatkowego. Powołał się przy tym na orzecznictwo KIO (KIO 3/13, KIO 2695/12, KIO 845/10). Ponadto Przystępujący ECO-SYSTEM wskazał, że przedstawiony stan faktyczny potwierdzony faktura VAT we wniosku o interpretację nie przystaje do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Z załączonej faktury VAT wynika, że wartość netto instalacji gazów medycznych w stosunku do wartości netto całości robót budowlanych wynosiła 45%, a tym samym faktycznie można było przyjąć, iż w niniejszym stanie faktycznym montaż instalacji gazów medycznych nie stanowił usługi pomocniczej w stosunku do robót ogólnobudowlanych (usługa kompleksowa), co wiązałoby się z obowiązkiem zastosowania stawki podstawowej. Tymczasem – jak podkreślił – w niniejszym stanie faktycznym wartość prac związanych z montażem instalacji gazów medycznych wynosi około 4,5% wartości całości prac realizowanych w ramach zadania nr 2. Powyższe według niego oznacza, że usługą kompleksową w niniejszym postępowaniu są roboty ogólnobudowlane obejmujące zadania nr 2, z którymi związana jest dostawa i montaż instalacji gazów medycznych. Podstawowym świadczeniem zatem są tu roboty ogólnobudowlane, zaś montaż instalacji gazów medycznych jest jedynie świadczeniem pomocniczym, stanowiącym niewielki element usługi kompleksowej, zatem w tym zakresie powinna być zastosowana 23% stawka podatku VAT. Podkreślił też, że przywoływana przez Odwołującego interpretacja podatkowa została wydana przy założeniu że montowana instalacja będzie wyrobem medycznym, tj. będzie posiadała deklarację zgodności WE (znak CE) dla wyrobów medycznych, zaś Odwołujący nie wykazał faktu, iż montowana instalacja będzie wyrobem medycznym w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych. Na podparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 746/14, KIO 3/13, KIO 845/10, KIO 2729/11). Według niego prawidłowym było działanie Zamawiającego, który dokonał oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT przez Odwołującego w kontekście ewentualnego zwolnienia przewidzianego w art. 41 ust. 12 i 12a ustawy o VAT – jest to bowiem jedyny przepis, w oparciu o który istnieje możliwość zastosowania stawki preferencyjnej.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności dotyczą odrzucenia jego oferty, a więc wprost pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 21 maja 2014 r. Zamówienie zostało przez niego podzielone na trzy zadania (zadanie nr 1, 2 i 3) ze wskazaniem na możliwość składania ofert częściowych na każde z zadań (pkt I.7 SIWZ).

W postanowieniach SIWZ Zamawiający przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego (pkt I.3 i X.1 SIWZ), przy czym nie określił wiążącej stawki podatku VAT dla wykonawców.

We wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający określił wymóg wskazania dla poszczególnych zadań objętych przedmiotem zamówienia odrębnie: ceny netto, należnego podatku VAT kwotowo i poprzez wskazanie stawki podatku oraz ceny brutto. Wymagał też podania odrębnie dla każdego zdania przyjętych do kalkulacji ceny elementów kalkulacyjnych (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie do R i S, koszty zakupu, zysk do R, S, i Kp). Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów

ofertowych, które miał przedłożyć wybrany w postępowaniu wykonawca przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt I.2 SIWZ).

W oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-PN) Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia na kwotę: 38 827 889,46 zł, co stanowi równowartość 9 190 251,00 euro. W ramach tej wartości zamówienia Zamawiający wskazał wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę: 12 946 629,82 zł, co stanowi równowartość 3 063 417,00 euro. W oparciu o załącznik do protokołu stanowiący o szczegółowym ustaleniu wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalono, że:

- wartość zadania nr 1 łącznie z zamówieniami uzupełniającymi została ustalona na kwotę: 13 797 577,22 zł, zaś bez zamówień uzupełniających na kwotę: 9 198 384,81 zł
- wartość zadania nr 2 łącznie z zamówieniami uzupełniającymi została ustalona na kwotę: 19 139 617,70 zł, zaś bez zamówień uzupełniających na kwotę: 12 759 745,13 zł
- wartość zadania nr 3 łącznie z zamówieniami uzupełniającymi została ustalona na kwotę: 5 890 694,55 zł, zaś bez zamówień uzupełniających na kwotę: 3 927 129,70 zł.

Przed otwarciem ofert, w dniu 3 lipca 2014 r. Zamawiający podał kwoty na sfinansowanie zamówienia:

- dla zadania nr 1 – 11 545 300,00 zł;
- dla zadania nr 2 – 15 230 450,00 zł;
- dla zadania nr 3 – 4 830 380,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu swoje oferty złożyli:

- 1) w zakresie zadania nr 1:
  - Przystępujący EKO-SYSTEM z ceną: 11 406 931,44 zł
  - wykonawca P.P.U.H. GENO Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce z ceną: 13 495 461,44 zł
  - Odwołujący z ceną: 8 611 218,92 zł
  - Przystępujący BAZ-BUD z ceną: 11 730 186,69 zł
  - wykonawca P.P.U.H. RODEX Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Koplany z ceną: 12 376 998,00 zł
- 2) w zakresie zadania nr 2:
  - Przystępujący EKO-SYSTEM z ceną: 16 625 172,00 zł
  - Odwołujący z ceną: 11 283 291,97 zł



- Przystępujący BAZ-BUD z ceną: 15 719 471,65 zł
- wykonawca P.P.U.H. RODEX Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Koplany z ceną: 16 489 380,00 zł.

Odwołujący w swojej ofercie w zakresie obydwu zadań (nr 1 i nr 2) wskazała na zastosowanie dwóch stawek podatku VAT: 8% i 23%.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2014 r. wezwał Odwołującego:

- na podstawie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny – w związku z zaoferowaniem przez Odwołującego cen w zadaniu nr 1 i nr 2 znacząco odbiegających od wartości przedmiotu zamówienia;
- na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu ustalenia ceny brutto w ofercie – w związku z podaniem przez Odwołującego w formularzu ofertowym w zakresie zadania nr 1 i nr 2 dwóch stawek podatku VAT: 8% i 23%

Odwołujący w piśmie z dnia 9 lipca 2014 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień. Co do ceny rażąco niskiej wskazał, że jego oferta została sporządzona z należytą starannością przy uwzględnieniu aktualnych i stosowanych czynników cenotwórczych i w związku z tym wykonanie zamówienia w zaoferowanej kwocie jest możliwe i realne. Podkreślił, że posiada wieloletnie doświadczenie przy kalkulowaniu wartości inwestycji i bardzo dobrze zna lokalny rynek, bowiem funkcjonuje na nim od 1991 r. Wskazał też, że stosunek wartości jego oferty do kwoty Zamawiającego wynosi 75% i 74%, zatem różnica 25% i 26% nie jest duża, biorąc pod uwagę uzyskiwane przez Odwołującego na lokalnym rynku rabaty i upusty, co wpływa na oszczędność metody wykonania zamówienia. Do swoich wyjaśnień dołączył szereg dokumentów potwierdzających uzyskane upusty. Co do dokumentów tych zastrzeżono, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Wskazał nadto, że kosztorysy inwestorskie sporządzone z najwyższą starannością często nie odzwierciedlają rzeczywistych i funkcjonujących w obrocie cen rynkowych, bowiem sporządzone one są bez uwzględniania funkcjonujących na rynku rabatów i upustów, które są indywidualne dla każdego podmiotu, a ceny materiałów niezbędnych do zrealizowania inwestycji przyjmowane są bezpośrednio z katalogów producentów lub z cennika SEKOCENBUD. Wyjaśnił też, że z uwagi na wieloletnią współpracę z lokalnymi hurtowniami i producentami uzyskuje atrakcyjne rabaty, które niejednokrotnie osiągają poziom 50-70% ceny katalogowej. Podkreślił też, że z uwagi na logistyczne podejście do realizowanych inwestycji poprzez optymalizację kosztów transportu dla kilku budów jednocześnie osiąga na tym polu znaczne oszczędności, a to pozwala na uzyskiwanie jeszcze niższych cen ich zakupu. W tym zakresie wskazał też na kilka inwestycji, które aktualnie realizuje i będzie

realizował na rynku białostockim, co także pozwala mu na wynegocjowane długoterminowych ofert ze stałą i korzystną rynkowo ceną na dostawy. Wskazał też na szereg innych okoliczności, które – w jego ocenie – pozwalają mu na obniżenie ceny ofertowej, w tym na:

- korzystną lokalizację siedziby firmy, jak i baz sprzętu, dzięki czemu Odwołujący mógł pozwolić sobie na przyjęcie w kalkulacji ceny ofertowej niższych kosztów związanych z kosztami transportu, dojazdów, zakwaterowania i diet dla pracowników, itp. kosztów;
- posiadanie bogato wyposażonej bazy własnego sprzętu, co pozwalało mu na ograniczenie kosztów związanych z wynajmem sprzętu, zdecydowanie obniża koszty związane z transportem sprzętu na budowę oraz pozwala stosować własne stawki do kalkulacji jego pracy. Odwołujący wskazał też, że uzyskał dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2007- 2013 na zakup sprzętu budowlanego, co pozwoliło na konieczne doposażenie i modernizację bazy sprzętowej, do wyjaśnień załączył wykaz sprzętu;
- zatrudnianie pracowników z lokalnego rynku, co pozwoliło mu na eliminację przy kalkulowaniu ceny ofertowej kosztów związanych z zakwaterowaniem i dietami pracowników oraz z kosztami ich transportu. Podkreślił, że posiada własną kadrę i brygady do robót branżowych przez co eliminuje zlecenie takich robót na zewnątrz. Załączył do wyjaśnień umowy o pracę, które stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa oraz deklaracje Z-05, która przedstawia badanie popytu na pracę, gdzie przedstawiona jest struktura zatrudnienia. Podkreślił też, że Zamawiający w SIWZ nie zastrzegł konieczności zatrudnienia na umowę o pracę, stąd też poza pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę Odwołujący wskazał, że przy kalkulacji ceny założył także, iż dodatkowego naboru pracowników do realizacji inwestycji dokonana na podstawie umowy zlecenia, co pozwala na obniżenie kosztów, a jednocześnie przyspieszenie realizacji inwestycji;
- koszty zarządu – utrzymania całego przedsiębiorstwa jego kierownictwa siedziby i biura. Wskazał na fakt realizacji w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia także innych inwestycji koszty te zostały proporcjonalnie obniżone dla wszystkich inwestycji. Wskazał też na strukturę organizacyjną firmy Odwołującego, która jest stosunkowo prosta, co wprost przekłada się na niskie koszty ogólnego zarządu, do wyjaśnień został załączony schemat organizacyjny przedsiębiorstwa; wyjaśnił też, że koszty zarządu zostały dodatkowo obniżone (zoptymalizowane) poprzez wprowadzenie i funkcjonowanie Zintegrowanego Systemu Zarządzania, w ramach którego Odwołujący wprowadził też informatyczny system zarządzania specjalnie opracowany

dla niego, tj. Asseco Softlab ERP. Funkcjonowanie tego systemu obniżyło koszty prowadzenia przedsiębiorstwa i pozwoliło na obniżanie kosztów zarządu dla poszczególnych inwestycji;

- posiadanie własnych baraków oraz kontenerów biurowych i socjalnych, co spowodowało, że koszty związane z zapleczem budowy zostały maksymalnie obniżone, a koszty związane z wynajmem baraków i kontenerów całkowicie wyeliminowane;
- posiadanie własnego zakładu ślusarskiego, który jest w stanie samodzielnie wyprodukować wszelkiego rodzaju konstrukcje stalowe, ogrodzenia, balustrady itp., zaś ta samowystarczalność pozwala na obniżenie kosztów globalnej realizacji inwestycji w tym zakresie wskazał na uzyskanie Świadectwa Kwalifikacyjnego Spawalniczej Komisji Kwalifikacyjnej Zakładów Przemysłowych do I Grupy Zakładów Małych zgodnie z normą PN-M-69009; do wyjaśnień dołączył owo świadectwo;
- wdrożony u Odwołującego System Zarządzania Jakością oraz procedurę zarządzania jakością, które usprawniły organizację pracy i pozwoliły na zdecydowane obniżenie kosztów związanych z realizacją poprawek, aż o 66%, Odwołujący załączył do wyjaśnień certyfikat ISO 9001:2008 i certyfikat AQAP 2120:2009;
- wprowadzenie przestrzegania polityki jakości i polityki Środowiskowej oraz bezpieczeństwa i higieny pracy, które także zostały załączone do wyjaśnień, powyższe także jego zdaniem pozwala na obniżenie kosztów związanych z realizacją inwestycji w zakresie jakości, środowiska i bhp.

Co do kwestii wyjaśnienia zastosowanej stawki podatku VAT w swojej ofercie Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że zastosował stawkę 8% na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych, które są wyrobem medycznym zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych w związku z tym instalacja gazów medycznych podlega opodatkowaniu stawką 8% na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług (załącznik nr 3 poz. 105). Podkreślił też, że na pozostałe roboty budowlane i instalacyjne Odwołujący zastosował stawkę VAT w wysokości 23% na podstawie art. 41 wskazanej ustawy.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym co do wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 - oferty Przystępującego ECO-SYSTEM, w zakresie zadania nr 2 – Przystępującego BAZ-BUD, jak i odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie wskazanych zadań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu podania rażąco niskiej ceny oraz na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. z powodu błędu w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podkreślił, że dokonana przez niego ocena wyjaśnień Odwołującego potwierdza, że zastosował on w swojej ofercie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że wyjaśnienia Odwołującego były ogólnikowe i niewystarczające. Wskazał, że wykazywane przez Odwołującego rabaty na poziomie 40% nie stanowią o przewadze Odwołującego w stosunku do działających na rynku innych wykonawców. Zamawiający wskazał, że rabaty od cen podstawowych i katalogowych stanowią odzwierciedlenie polityki marketingowej i cenowej poszczególnych producentów i sprzedawców materiałów budowlanych, a skala różnic rabatowych pomiędzy podmiotami działającymi na rynku wykonawców robót budowlanych w ocenie Zamawiającego nie przekracza 4-5%. Podkreślił też, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego będą miały zastosowanie materiały nietypowe, na które wykonawca nie przedstawił upustów, zaś wykonawca nie posłużył się konkretnymi wartościami przyjętymi, np. w oparciu o kosztorysy ofertowe, które mogłyby zostać przeanalizowane przez Zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich, stąd też Zamawiający nie może uznać ceny Odwołującego za realną. Co do drugiej kwestii Zamawiający wskazał, że zastosowanie przez Odwołującego dwóch stawek podatku VAT: 8 i 23% jest nieuzasadnione. Powołał się na interpretację udzieloną w odpowiedzi na zapytanie przedstawione we wniosku z dnia 6 października 2009 r. do Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, z której wynika, że usługi budowlane związane z instalacją gazów medycznych w budynku szpitala podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku VAT wynoszącej obecnie 23%. Zdaniem Zamawiającego o możliwości zastosowania stawki 8% na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy o VAT decyduje spełnienie przesłanek przewidzianych w tych przepisach. Podkreślił, że preferencyjna stawka podatku została przewidziana dla usług w zakresie budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy m.in. obiektów sklasyfikowanych według PKOB w klasie 1264, w sytuacji gdy w budynkach tych będzie świadczona przez instytucję ochrony zdrowia usługa zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, czyli będzie to instytucja świadcząca typowe usługi zakwaterowania, czyli realizująca cel mieszkaniowy wraz z opieką lekarską. Według Zamawiającego roboty remontowo-budowlane wykonywane w budynkach sklasyfikowanych pod symbolem PKOB 1264 będą opodatkowane 8% stawką podatku VAT, jedynie w przypadku, gdy odbiorcą tych usług będzie instytucja świadcząca *sensu stricte* usługę zakwaterowania (realizacja celu mieszkaniowego) z opieką lekarską i pielęgniarską, która jest podstawowym celem przedmiotu świadczącego te usługi. Zamawiający powołał się też na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2012 r. (III CZP 52/11), wskazującą, że błędna stawka

podatku VAT w cenie ofertowej stanowi błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy SIWZ nie narzucała wykonawcom obowiązującej stawki podatku VAT.

Przywołane czynności Zamawiającego stały się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Podstawą oddalenia odwołania stał się art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła bowiem, że jeden z zarzutów odwołania potwierdził się, tj. zarzut dotyczący podania w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny, co stało się podstawą odrzucenia jego oferty. Powyższe jednak nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania bowiem naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego pozostaje bez istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak potwierdzenia się drugiego zarzutu odwołania dotyczącego odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny. Izba zatem uznała, że pomimo niezasadnej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i tak oferta tego wykonawcy została słusznie odrzucona przez Zamawiającego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

W ocenie Izby nie było uprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wskazany przepis i uznanie, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Izba nie kwestionuje przy tym, że cena ofertowa Odwołującego mogła budzić wątpliwości Zamawiającego, bowiem znacząco odbiegała ona przede wszystkim od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Z tych też względów Zamawiający słusznie wezwał Odwołującego do złożenia w tym przedmiocie przez niego stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tej czynności Zamawiającego zresztą Odwołujący nie kwestionował w treści swojego odwołania.

Podstawą uznania, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny była – zdaniem Izby - ocena wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Odwołujący w nader szczegółowy sposób wskazał na obiektywne czynniki i okoliczności, które pozwalają temu wykonawcy na obniżenie swojej ceny ofertowej do poziomu odbiegającego od ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia odpowiednio powiększonej do wartości brutto (o wartość podatku VAT). Odwołujący pokazał poprzez swoje wyjaśnienia, ale również poprzez załączone dowody, że ma możliwość skorzystania

w tym przypadku z wyjątkowo sprzyjających jemu właśnie warunków wykonania zamówienia. Odwołujący przede wszystkim wskazał na znaczące upusty, z których będzie mógł skorzystać w ramach tego zamówienia, a także w większej skali w związku z zakupami dokonywanymi jednocześnie dla kilku tego typu inwestycji realizowanych na tym samym rynku. W tym zakresie Odwołujący dołączył do wyjaśnień szereg dokumentów, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego, potwierdzających przyznane mu przez poszczególnych producentów i dostawców upusty na różnym poziomie, w tym także upusty na znaczącym poziomie.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że są to upusty na materiały, które nie będą miały zastosowania w niniejszym zamówieniu. Sam Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że są to także upusty na materiały, które mają zastosowanie do robót wykończeniowych, które stanowią zasadniczy zakres przedmiotu zamówienia. Nie można także zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującymi do postępowania odwoławczego, że zastosowanie wobec Odwołującego upusty, na które powołuje się wskazany wykonawca w swoich wyjaśnieniach, są standardowe i są dostępne dla każdego z wykonawców funkcjonujących na danym rynku robót budowlanych. Wskazane podmioty w żaden sposób nie udowodniły wskazanej okoliczności. Tymczasem oferty cenowe załączone przez Odwołującego mają charakter indywidualny, są skierowane do podmiotów tworzących konsorcjum Odwołującego i dotyczą zakupu konkretnych materiałów i produktów. Upusty nawet na poziomie 50% czy 70% nie mogą być uznane za standardowe. Poza tym podkreślenia wymaga, że odnoszenie ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny jest właściwe w pierwszej kolejności co do wartości przedmiotu zamówienia, a więc należytego szacunku tej wartości zamówienia, dokonanego przez Zamawiającego w trybie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp (wartość netto), a więc z należytą starannością – wartości, która powiększona jest o wartość podatku VAT. Ta wartość powinna być ustalona przez Zamawiającego bez stosowania upustów, które są właściwe dla konkretnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wynegocjowaną ofertę handlową z producentem czy dystrybutorem określonych materiałów. Skoro zatem pozostałe oferty złożone w postępowaniu nie odbiegają znacząco od tej wartości (szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT), należało przyjąć, że wskazani wykonawcy nie zastosowali w swoich ofertach takich znaczących upustów, z których skorzystał Odwołujący, biorąc pod uwagę konkretne, przedstawione przez niego, indywidualne oferty handlowe skierowane do Odwołującego. Oprócz upustów cenowych Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wymienił szereg innych okoliczności wskazujących na indywidualną, szczególną sytuację tego właśnie wykonawcy, pozwalającą mu na istotne obniżenie swojej ceny ofertowej, które nie były jedynie gołosłowne, ale potwierdzone właściwymi dokumentami (dowodami). Do tych dowodów Zamawiający *de facto* nie odniósł

się, wskazując jedynie, że Odwołujący nie wykazał w sposób konkretny, jak wskazane przez Odwołującego okoliczności wpływają na obniżenie jego ceny ofertowej. Podkreślić należy, że Odwołujący nie ma obowiązku przedstawienia konkretnych wyliczeń ceny ofertowej w oparciu o skierowane do niego wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które ma charakter ogólny. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak w postanowieniach SIWZ, jak i kierując do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, nie wskazał na wymóg przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. Wskazać ponadto należy, że w ramach oferty wykonawcy w niniejszym postępowaniu mieli obowiązek wskazania jedynie elementów kalkulacyjnych przyjętych do wyceny oferty. Takie elementy zostały przedstawione w ofercie Odwołującego zaś Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego i uznając, że cena tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, w ogóle nie zakwestionował tych elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej Odwołującego. Także w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień takich szczególnych wyjaśnień Zamawiający od wykonawcy nie żądał. Tymczasem Odwołujący, biorąc powyższe pod uwagę w sposób szczegółowy wyspecyfikował różnego rodzaju obiektywne i właściwe dla niego okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny ofertowej, przedstawiając także w tym zakresie odpowiednie dowody.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający powinien był żądać od niego dodatkowych wyjaśnień we wskazanym zakresie, powyższe oczywiście jest prawem Zamawiającego, o ile nie stanowi w konkretnym stanie faktycznym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (np. żądanie dodatkowych wyjaśnień „do skutku” jedynie w celu „uratowania” konkretnej oferty), ale nie jego obowiązkiem. Niemniej jednak w tym konkretnym przypadku – zdaniem Izby – Zamawiający dysponując wskazanymi wyjaśnieniami Odwołującego nie miał podstaw do uznania, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jeśli jakieś elementy wyjaśnień budziły jeszcze jego wątpliwości mógł faktycznie skorzystać z dodatkowych wyjaśnień tych elementów.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W ocenie Izby uprawniona była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o wskazaną podstawę prawną, z racji określenia w jego ofercie nieprawidłowej, tj. niezgodnej z przepisami prawa, stawki podatku VAT.

Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie KIO, a wcześniej Zespołów Arbitrów, jak również sądów okręgowych, iż błędne podanie przez wykonawcę w treści swojej oferty stawki podatku VAT, tj. stawki, która nie odpowiada zakresowi przedmiotu świadczenia objętego zamówieniem i nie wynika z przepisów powszechnie obowiązujących, tj. przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. t.j. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), wskazuje na popełnienie błędu w obliczeniu ceny w danej ofercie i skutkuje odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. I choć powyższe podejście jest dość rygorystyczne, w szczególności przy przyjęciu, że obiektywnie, w świetle przepisów prawa podatkowego, to przedsiębiorca odpowiedzialny jest za prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT, to w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym oceniana jest przez Zamawiającego cena ofertowa brutto, istotna jest ocena i porównanie ofert wykonawców na równych zasadach, tj. ofert porównywalnych cenowo (przy zastosowaniu właściwych w danym przypadku stawek podatku VAT odnoszących się do danego, konkretnego przedmiotu zamówienia). Takie stanowisko podzielił też Sąd Najwyższy podejmując w dniu 20 października 2011 r. dwie uchwały (sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11) na skutek rozbieżności, które powstały w tym zakresie w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na jeden dodatkowy i istotny aspekt, który w tym przedmiocie każdorazowo powinny brać pod uwagę podmioty zamawiającego, a także w efekcie KIO, oceniająca czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w trybie odwoławczym. Ten dodatkowy aspekt to konieczna ocena zastosowania przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT, pod kątem możliwości poprawienia tego błędu jako nieistotnej niegodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, tj. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe – w świetle przywołanych uchwał Sądu Najwyższego - jest możliwe o tyle, o ile zamawiający w postanowieniach SIWZ przewidział zastosowanie konkretnej stawki podatku VAT. W niniejszej sprawie Izba ustaliła, że taka stawka podatku VAT nie była przewidziana przez Zamawiającego. Z tych też względów stwierdzenie błędu w ustaleniu w ofercie konkretnego wykonawcy nieprawidłowej stawki podatku VAT, skutkuje odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Zdaniem Izby podana w ofercie Odwołującego w zakresie zadania nr 1 i nr 2 stawka podatku VAT w wysokości 8% jest nieprawidłowa. Odwołujący wyjaśnił, że ową stawkę zastosował na dostawę i montaż instalacji gazów medycznych jako do wyrobu medycznego, zaś w pozostałym zakresie do robót ogólnobudowlanych przyjął stawkę podstawową - 23%. Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług (art. 41



ust. 1) podstawową stawką jest aktualnie – z zastrzeżeniem stosowanych regulacji tej ustawy - stawka 23%. Z preferencyjnych stawek, w tym aktualnie stawki 8%, przedsiębiorca może skorzystać wyjątkowo, jedynie w sytuacjach ściśle określonych w przepisach wskazanej ustawy (art. 41 ust. 2). Odwołujący powołuje się w tym zakresie na postanowienia Załącznika nr 3 do tej ustawy w poz. 105, gdzie w określonym wykazie towarów i usług objętych zastosowaniem preferencyjnej stawki podatku VAT (aktualnie 8%) wskazuje się na wyroby medyczne. Tej okoliczności Izba nie kwestionuje. Stąd też bezprzedmiotowe w tym zakresie okazały się, w ocenie Izby, dowody złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy, tj. Certyfikaty CE i deklaracje zgodności dla wykazania, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym.

W niniejszym stanie faktycznym jednak istotne znaczenie będzie miała ocena tzw. „świadczenia złożonego”. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane na gruncie prawa polskiego ani europejskiego. Niemniej jednak przede wszystkim orzecznictwo europejskie daje w tym zakresie określone wytyczne. Regułą jest, zgodnie z orzeczeniem TS UE w sprawie Card Plan Protection C-349/96, obowiązek odrębnego traktowania każdego świadczenia. Jednakże transakcję składającą się z wielu elementów, czyli z zespołu usług, bądź z dostawy towarów połączonej ze świadczeniem usług, można uznać, na potrzeby podatku VAT, jako jedno świadczenie w sytuacji, gdy:

- jeden z tych elementów stanowi świadczenie główne, a pozostały lub pozostałe elementy mają wobec niego charakter pomocniczy oraz
- gdy transakcja składa się z wielu elementów składowych.

Jeśli zaś transakcja składa się z wielu elementów składowych, to świadczenia są uważane za pomocnicze, jeżeli nie stanowią one celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego. Ich wykonywanie w zasadzie nie jest konieczne. W tym zakresie należy zatem ustalić, które ze świadczeń ma charakter zasadniczy (wiodący), a które jedynie pomocniczy i w tym aspekcie znaczenie ma ustalenie, jakie są oczekiwania klienta w ramach danej transakcji, a w konsekwencji tego - tę właśnie czynność uznać jako świadczenie główne. Powołując się na orzeczenia TS UE choćby w sprawie Levob Verzekeringen i OV Bank (C- 41/04), czy też w sprawie Aktiebolaget NN (C-41/04) wskazać należy, że jeśli transakcja składa się z wielu elementów składowych, to może również być uznana za jedną transakcję, jeżeli wszystkie elementy, które się na nią składają, są konieczne (niezbędne). W związku z tym kilka czynności należy traktować jako jedną transakcję, wówczas gdy poszczególne elementy są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

Biorąc powyższe pod uwagę i odnosząc to do przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że okoliczność wskazana przez Zamawiającego, iż instalacja gazów medycznych stanowi jedynie kilkuprocentowy zakres przedmiotu zamówienia (2 -4%) nie była kwestionowana przez Odwołującego. Zasadniczy zakres przedmiotu zamówienia stanowią zatem roboty ogólnobudowlane, do których zastosowanie znajduje podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 23%. Nie można zatem w przypadku niniejszego zamówienia publicznego mówić o dwóch odrębnych świadczeniach objętych przedmiotem zamówienia, które nie tworzą jednego świadczenia gospodarczego. Mamy tutaj bowiem do czynienia z zasadniczym przedmiotem świadczenia, którym jest wykonanie szeregu robót ogólnobudowlanych, a ramach tego przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział także montaż i instalację gazów medycznych, które są niezbędne dla powstania całej inwestycji tworzącej jedną funkcjonalną całość. Tym samym zatem instalacja gazów medycznych nie może być potraktowana jako odrębne świadczenie, niezależne od realizacji całego świadczenia, jakim jest dokończenie budowy całego kompleksu Centrum Onkologii, a w takiej sytuacji zastosowanie do całego świadczenia ma stawka podstawowa.

Powyższe potwierdza przywoływane także przez Odwołującego orzeczenie TS UE, a także podobne stanowisko wyraziła również Izba w analogicznej sprawie w wyroku z dnia 28 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 746/14). W wyroku tym Izba, odnosząc się do analogicznego stanu faktycznego, gdzie przedmiotem zamówienia polegającym na wykonaniu określonych robót ogólnobudowlanych dla szpitala objęta była także instalacja gazów medycznych, wskazała na szereg orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego, wskazujących na to, że przy czynnościach o charakterze kompleksowym, na które składają się czynność podstawowa, będąca celem umowy, a także inne czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej i nie mogące samodzielnie funkcjonować, należy przyjmować za właściwą jedną stawkę podatku VAT dla całości zamówienia, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej (m.in.: wyrok NSA z dnia 5 lipca 2006 roku, sygn. akt IFSK 945/05, wyrok NSA z dnia 20 listopada 2008 roku, sygn. akt IFSK 1512/07).

Odnosząc się do kwestii indywidualnej interpretacji podatkowej przedstawionej przez Odwołującego przy odwołaniu, Izba uznała, że interpretacja ta nie dotyczy konkretnie świadczenia realizowanego na rzecz Zamawiającego. Zadane przez członka Konsorcjum Odwołującego zapytanie do Izby Skarbowej faktycznie dotyczyło podobnej kwestii, nie można jednak uznać, że jest to interpretacja indywidualna dotyczą danego podmiotu, który ma realizować konkretne świadczenie objęte niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że wniosek o interpretację indywidualną może dotyczyć zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzeń przyszłych, a składający wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej obowiązany jest do wyczerpującego przedstawienia

zaistniałego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego oraz do przedstawienia własnego stanowiska w sprawie oceny prawnej tego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego. Co do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konkretnie tego przedmiotu zamówienia (świadczenia) nie została przedstawiona przez Odwołującego właściwa interpretacja. Biorąc pod uwagę powyższe oraz to, że interpretacja indywidualna rodzi skutki prawne jedynie w odniesieniu do wnioskodawcy i wyłącznie do przedstawionego konkretnego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego, a także okoliczność, iż ustawodawca zróżnicował skutki prawne interpretacji w zależności od tego, czy dotyczą one zdarzeń, które miały miejsce, czy też dopiero planowanych, Izba nie mogła uznać przedłożonej przez Odwołującego interpretacji jako odnoszącej się do przedmiotowej sprawy i mającej znaczenie dla podjętego rozstrzygnięcia Izby.

Podobne stanowisko Izba wyraziła wobec drugiego dowodu, tj. przedłożonej faktury VAT, która dotyczyła innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku nie wiemy, jaki konkretnie charakter miała w przypadku tego zamówienia instalacja gazów medycznych, stąd też dowód ten nie może mieć odniesienia do niniejszego stanu faktycznego i rozstrzygnięcia Izby.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł;

oraz na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw złożonych do akt sprawy w łącznej kwocie 51,00 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia - koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w wysokości 320,95 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....