

Sygn. akt: KIO 845/10

WYROK
z dnia 26 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2010 r. przez **COMPLEX BUD Spółka z o.o., ul. Kobryńska 28A, 04-669 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Kasprzaka 17, 01-211 Warszawa.**

przy udziale wykonawcy **MEDMIX L. Krawczyk, E. Szklarczyk Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne, ul. Piaskowa 6, 05-520 Radzymin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża COMPLEX BUD Spółka z o.o., ul. Kobryńska 28A, 04-669 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **COMPLEX BUD Spółka z o.o., ul. Kobryńska 28A, 04-669 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **COMPLEX BUD Spółka z o.o., ul. Kobryńska 28A, 04-669 Warszawa** na rzecz **Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej, Samodzielny**

Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Kasprzaka 17, 01-211 Warszawa
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przed
Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ, ul. Kasprzaka 17, 01-211 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i modernizacja wraz z dostosowaniem do przepisów techniczno – sanitarnych Oddziałów Szpitalnych w Pawilonie nr 8 (Oddział Chirurgii Ogólnej i Naczyniowej – I piętro, Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii – II piętro)”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **01.04.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 01.04.2010 r. pod numerem ogłoszenia 74789-2010.

W dniu **04.05.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez MEDMIX L. Krawczyk, E. Szklarczyk Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne z siedzibą w Radzyminie, ul. Piaskowa 6.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący popełnił 8 omyłek w treści kosztorysów ofertowych, i że dotyczą one następujących pozycji:

- poz. 18 kosztorysu „wentylacja mechaniczna” gdzie w opisie pozycji zamiast „Kłapy rewizyjne na kanałach prostokątnych o obwodzie 1800 mm” zostało wskazane w treści kosztorysu ofertowego „Kłapy rewizyjne na kanałach prostokątnych o obwodzie 1600 mm”;
- poz. 23 kosztorysu „kanalizacja” gdzie w podstawie nakładu zamiast nr katalogu „KNR-W 4-020210-05” zostało wpisane „KNR-W 4-020210-03”;
- poz. 54 kosztorysu „roboty instalacyjne elektryczne” gdzie w ilości robót zamiast „1700 m” zostało wpisane „1 m”;
- poz. 105 kosztorysu „roboty instalacyjne elektryczne” gdzie w ilości robót zamiast „3290 m” zostało wpisane „3 m”;
- poz. 106 kosztorysu „roboty instalacyjne elektryczne” gdzie w ilości robót zamiast „3290 m” zostało wpisane „13 m”;
- poz. 3 kosztorysu „roboty instalacyjne elektryczne” gdzie w podstawie nakładu zamiast nr katalogu „KNNR 9 0402-06” zostało wpisane „KNNR 9 0403-06”;

- poz. 86 kosztorysu „roboty instalacyjne elektryczne” gdzie w podstawie nakładu zamiast nr katalogu „KNNR 0205-02” zostało wpisane „KNNR 5 0205-03”;
- poz. 8 kosztorysu „roboty budowlane II piętro” gdzie w ilości robót zamiast „80 m²” zostało wpisane „300 m²”.

Ponadto w uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zgodnie ze SIWZ wymagał złożenia „harmonogramu rzeczowo – finansowego zawierającego podział realizacji przedmiotu umowy na poszczególne etapy robót i terminy ich realizacji wraz z wynagrodzeniem za te etapy”.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ i tym samym oferta ta podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT dla instalacji gazów medycznych wynoszącą 7%, co spowodował zaniżenie ceny oferty. Zdaniem Zamawiającego prawidłową stawką podatku VAT jest jednolita stawka 22%, gdyż przedmiotem zamówienia nie jest dostawa samodzielnych wyrobów medycznych, takich jak instalacja gazów medycznych, lecz przebudowa części budynku, czyli wykonanie określonych robót budowlanych – zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane. Zamawiający wskazał ponadto, iż przedmiotem zamówienia jest tylko jedna czynność podatkowa. Zdaniem Zamawiającego przez samodzielne wyroby medyczne, które podlegają opodatkowaniu preferencyjną stawką podatku VAT należy rozumieć takie elementy wyposażenia szpitalnego, które nie staną się częściami składowymi budynku, tj. nie zostaną trwale połączone z konstrukcją ścian, dachu lub podłoża oddziału, tworząc z nim funkcjonalny i fizyczny związek. Jedynym elementem robót budowlanych, który jest wyrobem medycznym, jest instalacja gazów medycznych. Lecz, jak wskazał Zamawiający, podlega ona wbudowaniu, stając się stałym i z założenia nie podlegającym zdemontowaniu elementem budynku – czyli jego częścią składową w rozumieniu art. 47 § 2 ustawy Kodeks cywilny. Zdaniem Zamawiającego, w związku z powyższym, przy wyborze przez wykonawcę stawki podatku VAT dla wyrobów medycznych rozstrzygające jest, czy wyrób medyczny stanie się częścią składową budynku. Jeżeli tak jest, to zdaniem Zamawiającego, należy zastosować stawkę VAT w wysokości 22% - właściwą dla robót budowlanych, które w swym zakresie obejmują również wbudowanie wyrobu medycznego. Tym samym Zamawiający wskazał, że zastosowanie zróżnicowanej stawki podatku VAT, w tym 7% dla instalacji gazów medycznych jest błędem w obliczeniu ceny.

W dniu **10.05.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 oraz postanowienia pkt III SIWZ, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezprawne dokonanie:

- odrzucenia oferty Odwołującego;
- wyboru oferty „MEDMIX” L. Krawczyk, E. Szklarczyk, Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także bezprawne zaniechanie dokonania czynności, do których dokonania był on zobowiązany:

- zaniechanie dokonania poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, i w rezultacie zaniechanie dokonania poprawienia omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty „MEDMIX” L. Krawczyk, E. Szklarczyk, Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne jako najkorzystniejszej;
- dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- dokonania poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, i w rezultacie dokonania poprawienia omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego;
- dokonania ponownego badania ofert;
- dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku gdyż bezprawne działania i zaniechania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną oraz wskazał termin realizacji zamówienia 18 tygodni, który jest terminem tożsamym z terminem zaoferowanym przez zwycięskiego wykonawcę - „MEDMIX” L. Krawczyk, E. Szklarczyk, Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne. Kryteriami oceny ofert są: cena oferty - 90% i termin realizacji - 10%. Łącznie obydwa kryteria oceny plasowałyby ofertę Odwołującego na pierwszym miejscu, nawet po korekcie ceny oferty Odwołującego.

W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako niezgodnej z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że Zamawiający przywołał omyłki

znajdujące się w kosztorysie Odwołującego polegające na rozbieżności w oznaczeniach niektórych podstaw nakładu, w treści niektórych opisów pozycji lub w ilości niektórych robót.

Zgodnie z SIWZ i odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców kosztorys winien być sporządzony zgodnie z przedmiarami zamieszczonymi w SIWZ i uzupełnianymi przez Zamawiającego w trakcie postępowania, jako konsekwencje pytań wykonawców. Odwołujący zastosował się do wskazań Zamawiającego i miał wolę sporządzić kosztorys zgodnie z przedmiarami. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie stworzył możliwości pozyskania przez wykonawców przedmiarów w aktywnej elektronicznej formie. Wykonawcy musieli przepisywać zapisy z przedmiarów do swoich programów kosztorysujących. Odwołujący przepisywał przedmiary i okazało się, że nie ustrzegł się omyłek w przepisywaniu ich treści.

Wskazał również, że we wszystkich kosztorysach załączonych do jego oferty numeracja poszczególnych pozycji odpowiada numeracji tych pozycji w przedmiarach robót. Rodzaj jednostek poszczególnych robót w całym kosztorysie odpowiada rodzajom jednostek tych robót z przedmiarów. Każda pozycja (każda robota) w całym kosztorysie ma przypisaną cenę jednostkową. Zatem w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zgodnie z nakazem Zamawiającego kosztorys ofertowy winien być tak na prawdę wycenionym przedmiarem, Zamawiający nie mógł mieć najmniejszych wątpliwości o woli Odwołującego dotyczącej przedstawienia kosztorysu zgodnego z przedmiarami, szczególnie w sytuacji, gdy Odwołujący nie wniósł odwołania do Prezesa KIO od zapisów i postanowień SIWZ, a tym samym zapisów w przedmiarach robót. Oznacza to, że Odwołujący akceptował postanowienia SIWZ, a rozbieżności między przedmiarami a kosztorysem są wynikiem omyłki, a nie celowego działania.

Nadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający znając jego wolę i zapisy zawarte w przedmiarach robót, bez problemu mógł doprowadzić do zgodności zapisów w kosztorysie Odwołującego z zapisami zawartymi w przedmiarach robót wykorzystując swoje uprawnienia, ale i obowiązki wynikające w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zauważył rozbieżności między zapisami zawartymi w przedmiarach a zapisami zawartymi w kosztorysie ofertowym Odwołującego i dzięki temu może dojść do doprowadzenia do ich zgodności. Zamawiający wykazał przezorność i przewidział także sytuację, w której rozbieżności nie dostrzeżone podczas badania ofert, czy też nawet w fazie przygotowywania dokumentacji przetargowej i techniczno - projektowej, nie wpłyną negatywnie na realizację zamówienia. W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, iż Zamawiający przewidując taką sytuację zawarł we wszystkich specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót (oddzielne dla każdej branży), których zapisy stanowiąc będą podstawę dokonywania obmiarów i odbiorów robót, klauzule bezpieczeństwa o następującej treści: „Ogólne zasady obmiaru robót. Obmiar robót powinien określać faktyczny zakres i ilość wykonanych robót objętych kontraktem i wykonanych zgodnie z Dokumentacją Techniczną i Specyfikacją Techniczną. Powinien być wykonany w ustalonych jednostkach z wycenionym przedmiarem

robót. Obmiaru robót dokonuje bezpośrednio Wykonawca po pisemnym powiadomieniu Inspektora Nadzoru o zakresie obmierzanych robót i terminie obmiaru, co najmniej trzy dni przed tym terminem. Inspektor Nadzoru ma prawo powinien uczestniczyć w czynnościach obmiaru a wyniki obmiaru muszą być wpisane do Księgi Obmiarów przez Wykonawcę i poświadczone podpisem przez Inspektora Nadzoru. Jakikolwiek błąd lub przeoczenie w ilościach podanych w Przedmiarze lub w Dokumentacji czy Specyfikacji Technicznej nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku ukończenia wszystkich niezbędnych robót. Błędne dane muszą być poprawione wg instrukcji Inspektora Nadzoru".

Odwołujący zauważył, że jeśli błąd wystąpi w przedmiarze, to wystąpi także w kosztorysie wykonawcy, który wygra przetarg i będzie realizował zamówienie. Klauzule bezpieczeństwa neutralizują wpływ na realizację zamówienia ewentualnego błędu zawartego w kosztorysie wykonawcy. Odwołujący akceptując SIWZ, zaakceptował także zapisy wszystkich specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, godząc się na korektę kosztorysu podczas realizacji zamówienia.

Natomiast zapisy umowy (załącznik nr 18 do SIWZ) wskazują, zdaniem Odwołującego, że dane zawarte w kosztorysie będą wykorzystane w zakresie cen jednostkowych za poszczególne roboty (kosztorys Odwołującego zawiera wszystkie ceny jednostkowe i jednostki) wyłącznie do rozliczeń z wykonawcą w fazie realizacji zamówienia oraz do rozliczeń za ewentualne roboty dodatkowe i o tym stanowi § 5 umowy.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że nawet gdyby Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, to nie występowała groźba niemożliwości wykonania, odebrania, rozliczenia i zapłacenia za wykonane zamówienie. Stąd jasno wynika, że omyłki zawarte w ofercie Odwołującego nie mają istotnego wpływu na treść oferty i zgodnie z art. 87 ust. 2 powinny być przez Zamawiającego poprawione.

Wskutek dokonania poprawienia omyłek wystąpi konieczność poprawienia powstałych w związku z tym omyłek rachunkowych. Wpływ dokonanych poprawek omyłek o charakterze rachunkowym (stanowiących konsekwencję dokonania poprawy omyłek tzw. innych) na cenę oferty Odwołującego będzie minimalny, odnosząc wielkość zmiany ceny w stosunku do samej ceny oferty. Konsekwencją dokonanych poprawek przez Zamawiającego będzie wzrost ceny oferty Odwołującego o 0,3 %, tj. o 11.102,32 zł. Cena oferty przed dokonaniem poprawek wynosiła 3.682.339,74 zł, a po poprawkach będzie wynosiła 3.693.442,06 zł. Będzie jednak to nadal oferta z najniższą ceną, gdyż cena oferty zwycięskiego wykonawcy - „MEDMIX” L. Krawczyk, E. Szklarczyk, Spółka jawna Profesjonalne Budownictwo Medyczne wynosi 3.869.537,93 zł. Nieistotność dokonanych poprawek, które winny być dokonane przez Zamawiającego, wynika także z powyższego porównania. Na poparcie wyżej przedstawionych argumentów Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że Zamawiający w obydwu zawiadomieniach, pisma znak: Sz.W./EP/354/10 i Sz.W./EP/359/10, pisze o wymaganiach zawartych w SIWZ dotyczących harmonogramu rzeczowo - finansowego. Nie pisze natomiast, dlaczego ta informacja znalazła się przy tekście dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. W zawiadomieniu znak: Sz.W./EP/359/10, gdzie zawarta jest informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z klasyfikacją ofert i informacją o ofertach odrzuconych oraz powodach odrzucenia Zamawiający na stronie drugiej pisma przy opisie powodów odrzucenia oferty wykonawcy Polimex - Mostostal S.A. ujął ten sam tekst (wymagania wobec harmonogramu), a pod nim dodatkowo informację, że w ofercie tego wykonawcy brak jest harmonogramu. Przez to należy rozumieć, że ten brak stanowi jedną z podstaw uznania, że treść oferty Polimex - Mostostal S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący uznał, że informacja o harmonogramie rzeczowo - finansowym przy opisie powodów odrzucenia jego oferty znalazła tam się przypadkowo i że została wpisana przez Zamawiającego przez omyłkę. Odwołujący domyśla się, że omyłka ta mogła powstać ze względu na to, że opis powodów odrzucenia oferty Odwołującego zamieszczony jest w zawiadomieniu bezpośrednio po opisie dotyczącym oferty Polimex - Mostostal S.A. i piszący zawiadomienia wpisał tę informację omyłkowo. Odwołujący bowiem załączył do swojej oferty harmonogram rzeczowo - finansowy.

Konkludując stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie występowały przesłanki do zastosowania wobec oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazał on, iż Zamawiający uznał, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny, bowiem zdaniem Zamawiającego, zastosował błędnie preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7% dla instalacji gazów medycznych.

Odwołujący stwierdził, że zastosował właściwą stawkę dla tej części zamówienia, zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług i zapisami SIWZ. Wprawdzie Zamawiający w SIWZ nie wskazywał, jaką stawkę i dla jakich robót należy zastosować, ale przekazał wykonawcom w pkt III SIWZ w formie uwagi na stronie 7 (pogrubioną czcionką), informację, że instalacja gazów medycznych jest zakwalifikowana jako wyrób medyczny, i że odbiór instalacji nastąpi osobnym protokołem końcowym.

Zgodnie z ustawą o podatku VAT instalacja wyrobów medycznych jest opodatkowana stawką 7%. W żaden sposób nie można zgodzić się z Zamawiającym, że skoro instalacja gazów medycznych nie jest samodzielnym przedmiotem zamówienia, a wchodzi w szerszy przedmiot zamówienia, którym z nazwy jest przebudowa części budynku, czyli wykonanie określonych robót budowlanych, to należy zastosować jednolitą stawkę, właściwą dla robót budowlanych, a więc stawkę 22%. Zdaniem Zamawiającego przedmiotem zamówienia jest tylko jedna czynność podatkowa i winna być zastosowana jednolita 22 % stawka VAT.

Odwołujący jest pewien, że Zamawiający pozostaje w błędzie, co do prawnej oceny sytuacji. Bowiem, jeżeli jest możliwe wyodrębnienie organizacyjne i rozliczeniowe określonych czynności (określonych robót), które podlegają opodatkowaniu określoną stawką VAT, jeżeli jest możliwe dokonanie oddzielnego odbioru takich czynności i wystawienie faktury z wyodrębnieniem tych czynności, co do ceny netto i stawki podatku, to istnieje prawna możliwość zastosowania właściwej dla tych robót stawki podatku VAT, a nie obligatoryjnego zastosowania stawki podatku, właściwej dla dominującej części zamówienia. Odwołujący skorzystał z tej możliwości i wskazał dla instalacji gazów medycznych stawkę 7%.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał prawa samodzielnie podważyć zasadności zastosowania przez Odwołującego stawki preferencyjnej. Zamawiający mógł dokonać oceny prawidłowości zastosowania przez wykonawców stawek VAT w tym przetargu, ale nie w sposób samodzielny. Zamawiający jeżeli chciał dokonać weryfikacji zastosowania stawek podatku VAT, winien wystąpić do Ministra Finansów o indywidualną interpretację prawa podatkowego dotyczącego przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne i na tej podstawie zweryfikować stawki. Zamawiający nie ma prawa wkraczać w kompetencje organów podatkowych i dokonywać interpretacji prawa podatkowego. Zgodnie z art. 14a ustawy Ordynacja podatkowa interpretacja prawa podatkowego jest wyłączną kompetencją właściwych organów podatkowych, obecnie Ministra Finansów.

Odwołujący jako podatnik podatku VAT posiada uprawnienie do samodzielnego określenia odpowiedniej stawki podatku VAT na własne ryzyko. Jeżeli pomyli się, poniesie tego konsekwencje karno - skarbowe.

W przedmiotowym postępowaniu oprócz Odwołującego jeszcze dwóch wykonawców przedstawiło w swoich ofertach 7% stawkę podatku VAT dla instalacji gazów medycznych. Znamienne jest, że na pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w tym przetargu, trzech wskazało jako właściwą 7% stawkę podatku.

Podkreślić należy, że Zamawiający w SIWZ wskazywał dalej idącą odrębność wykonania instalacji gazów medycznych. Wskazuje na to przede wszystkim:

- osobny przedmiar dla instalacji gazów medycznych;
- uwaga, że instalacja gazów medycznych jest zakwalifikowana jako wyrób medyczny;
- informacja, że odbiór instalacji nastąpi osobnym protokołem końcowym.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Na zakończenie uzasadnienia Odwołujący stwierdził, że przedstawił ofertę, która nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Zamawiający nie miał zatem podstaw do odrzucenia jej w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami wyartykułowanymi w części wstępnej odwołania.

W dniu **13.05.2010** r. do Prezesa KIO wpłynęło przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania przez wykonawcę MEDMIX L. Krawczyk, E. Szklarczyk Spółka jawna z siedzibą w Radzyminie. Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie wskazał, iż ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zmawiającego, gdyż takie rozstrzygnięcie utrzyma wybór oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, gdyż zarzuty wskazujące na naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy oraz postanowienia pkt. III SIWZ są niezasadne.

W uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający słusznie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ i wskazał, że popełnił on błędy w kosztorysach ofertowych. Zdaniem Przystępującego zawartych w ofercie Odwołującego błędów w kosztorysach ofertowych nie można uznać za inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, na który powołuje się Odwołujący. W wyżej wymienionych pozycjach kosztorysowych Odwołujący popełnił trzy rodzaje błędów:

- zmiana treści opisu - podstawa wyceny dla tej pozycji była zastosowana przez analogię, opis pozycji był inny niż właściwy dla zastosowanej podstawy wyceny, tym samym odwołujący świadomie zmienił opis pozycji, wskazujący na zastosowanie niewłaściwego materiału;

- zmiana podstawy wyceny, skutkująca zastosowaniem niewłaściwych nakładów robocizny, materiałów i sprzętu oraz niewłaściwych rodzajów materiałów i sprzętu dla tych pozycji. Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić uzyskanych cen jednostkowych, ponieważ ceny materiałów i sprzętu właściwych dla tych pozycji kosztorysowych miał określić Odwołujący sporządzając ofertę, a Zamawiającemu nie były one znane;

- zmiana obmiarów, wartości zmienionych obmiarów różnią się od wskazanych do wyceny dla powołanych pozycji kosztorysowych nawet tysiącrotnie i więcej. Nie są to omyłki powstałe na skutek przesunięcia przecinka, pominięcia setnych części, czy omyłki typu tzw. „czeski błąd”, a świadczą tylko o nierzetelnym przygotowaniu oferty.

Na poparcie wyżej przedstawionych argumentów przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Oprócz błędów w kosztorysach ofertowych Przystępujący wskazał, że Zamawiający słusznie zarzucił Odwołującemu, że treść załączonego do oferty harmonogramu rzeczowo - finansowego nie odpowiada treści harmonogramu, jakie miał zawierać harmonogram sporządzony zgodnie z warunkami SIWZ. Przystępujący wskazał, że Zamawiający określił w SIWZ rozdz. V pkt. B ppkt. 12, że załączony do oferty harmonogram rzeczowo - finansowy musi zawierać podział realizacji przedmiotu umowy na poszczególne etapy robót i terminy ich realizacji wraz z wynagrodzeniem za te etapy. Etapy robót zostały opisane w SIWZ na str. 6:

- I etap - rozpoczęcie prac: od daty protokołu wprowadzenia na budowę, zaś zakończenie prac: wg przyjętej oferty;
- zakres prac: I piętro - część B plus fragment części środkowej pawilonu nr 8, w pozostałej części I piętra będzie funkcjonował Oddział Łóżkowy Chirurgiczny
- II etap - rozpoczęcie prac: wg przyjętej oferty, zaś zakończenie prac: wg przyjętej oferty;
- zakres prac: I piętro - część plus fragment części środkowej oraz II piętro część + fragment części środkowej Pawilonu nr 8

Zakończenie etapu budowy oznacza oddanie części prac umożliwiających prowadzenie działalności medycznej (Oddziału). Dopuszcza się prowadzenie równocześnie dwóch etapów budowy (wyłączenie pracy oddziału) w okresie nie dłuższym niż 4 tygodnie.

Jak wskazał Przystępujący Odwołujący załączył do oferty harmonogram z podziałem czasowym co 2 tygodnie, nie zaznaczając etapów zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Z harmonogramu, w żaden sposób nie wynika gdzie kończy się I etap robót, ani jaka jest jego wartość, jak również gdzie zaczyna się II etap i jaka jest jego wartość. Ze ściśle opisanych etapów w SIWZ można wnioskować, że była to informacja ważna dla Zamawiającego, zwłaszcza przy robotach na czynnym obiekcie. Zdaniem Przystępującego Zamawiający nie mógł prosić Odwołującego o uzupełnienie harmonogramu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest to dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie może podlegać uzupełnieniu.

W dalszej części uzasadnienia Przystępujący podniósł, że Zamawiający uznał również, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, ponieważ zawiera błędy w obliczaniu ceny. Odwołujący zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT dla instalacji gazów medycznych wynoszącą 7%, co spowodowało zaniżenie oferowanej ceny. Odwołujący błędnie

stwierdza, że zastosował właściwą stawkę dla tej części zamówienia, zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług i zapisami SIWZ (instalacja gazów medycznych jest zakwalifikowana jako wyrób medyczny i odbiór instalacji nastąpi osobnym protokołem końcowym), ponieważ przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu nie jest dostawa samodzielnych wyrobów medycznych, takich jak instalacja gazów medycznych, do których mogłaby mieć zastosowanie preferencyjna stawka podatku VAT. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że przedmiotem zamówienia jest wyłącznie przebudowa części budynku, czyli wykonanie określonych robót budowlanych, zgodnie z legalną definicją art. 3 pkt. 7 ustawy Prawo budowlane, do których ma zastosowanie 22% stawka podatku VAT.

Potwierdzeniem właściwego stanowiska Zamawiającego jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 11.06.2007 r. (sygn. akt I SA/WR/211/07), utrzymany w mocy wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20.11.2008 r. (sygn. akt I FSK 1512/07), z którego wynika, że „podział czynności podatkowych VAT dokonywanych na terytorium kraju ma charakter dychotomiczny - czynność stanowi albo dostawę towarów albo świadczenie usług. W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy o jej istocie a zarazem wysokości stawki VAT powinna przesądzać czynność główna, zaś przedmiotowa instalacja gazów medycznych jest wykonywana w ramach wykonania usługi robót budowlanych opodatkowanej stawką 22% VAT”.

O konieczności zastosowania 22% stawki VAT dla instalacji gazów medycznych, będącej częścią składową robót budowlanych mówi, przywołany przez Przystępującego, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.03.2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 236/09, KIO/UZP 254/09, KIO/UZP 255/09), który został wydany w analogicznym stanie faktycznym. W ww. wyroku Izba rozstrzygnęła wątpliwości, co do stawki VAT mającej zastosowanie do wyrobów medycznych. Wykonawcy składający ofertę na dobudowę bloku operacyjnego oraz dostawę, montaż i uruchomienie wyposażenia (wyrobów medycznych) w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 4 w Lublinie wskazywali różne stawki VAT dla wyposażenia objętego zamówieniem. W omawianym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, iż opodatkowanie 7% stawką podatku od towarów i usług wchodzi w grę w odniesieniu do tych wyrobów medycznych, które nie będą stanowić części składowych budynku. Z kolei do wyposażenia stanowiącego część składową bloku operacyjnego, przy czym wyrok wprost do tej kategorii zalicza instalację gazów medycznych, ma zastosowanie stawka 22%. W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza przywołuje uzyskane przez wykonawców interpretacje izby skarbowej, które potwierdzają prawidłowość powyższego stanowiska.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego, jego ofertą, postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania powtórnego badania, oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez tego ostatniego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w oparciu o kryteria oceny ofert ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci SIWZ wraz z załącznikami, oferty Odwołującego oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na popełnienie omyłek w kosztorysach ofertowych oraz zaniechania poprawienia omyłek Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W zakresie pierwszej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła, iż w ofercie Odwołującego w zakresie 8 pozycji kosztorysów ofertowych wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 04.05.2010 r. treść kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią przedmiarów robót przekazanych przez Zamawiającego wraz ze SIWZ. Na etapie rozprawy ustalono, iż ww. niezgodności są elementem bezspornym, tj. Odwołujący nie kwestionował faktu istnienia owych niezgodności.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż z analizy postanowień SIWZ wynika, iż Zamawiający na str. 5 i 6 SIWZ wskazał w odniesieniu do przedmiarów robót, iż stanowią one podstawę do określenia ceny przedmiotu zamówienia, zaś w odniesieniu do kosztorysów ofertowych sporządzone muszą być przez oferentów zgodnie z przedmiarami robót załączonymi do SIWZ (bez możliwości dokonywania zmian).

W Rozdziale III SIWZ dodatkowo zostało wskazane, iż przedmiot zamówienia opisany jest szczegółowo za pomocą dokumentacji projektowej, Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przy pomocy przedmiarów robót. Z treści ww. Rozdziału z lit. C wynika, iż przedmiary robót stanowią podstawę do określenia ceny przedmiotu zamówienia.

Na str. 10 SIWZ w pkt 10 Zamawiający wskazał: kosztorysy ofertowe w wersji uproszczonej, wypełnione zgodnie z kosztorysami ślepych, przedmiarami i specyfikacją warunków technicznych wykonania i odbioru robót stanowiących załącznik do specyfikacji.

W Rozdziale XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający nie określił, czy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, czy też z wynagrodzeniem kosztorysowym. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż formą wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było wynagrodzenie ryczałtowe. Powyższe zostało zakwestionowane przez Odwołującego, który wskazał, iż formą wynagrodzenia było wynagrodzenie kosztorysowe. W związku z powyższymi rozbieżnościami interpretacyjnymi Izba ustaliła, że w Rozdziale XVII (warunki płatności/forma wynagrodzenia) zostało wskazane, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie

kosztorysowe oferty wybranej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W istotnych dla stron postanowieniach umowy (załącznik nr 18 do SIWZ) w § 5 ust. 1 zostało wskazane, że za wykonanie przedmiotu umowy, strony ustalają na podstawie oferty wykonawcy, wynagrodzenie ryczałtowo – ilościowe na kwotę nie wyższą niż (...). Powyższe zapisy łącznie wskazują, iż wynagrodzenie ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego ustalanego w oparciu o ryczałtowe stawki jednostkowe rozliczane, np. w przypadku zmian ilościowych, w sposób powykonawczy (§ 5 ust. 5 istotnych postanowień umowy).

Określona przez Zamawiającego w treści SIWZ forma wynagrodzenia w postaci kosztorysowej determinuje znaczenie przedmiarów robót i sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, jak również funkcję jaką pełnią te ostatnie. W takim wypadku, aby zapewnić porównywalność cenową ofert warunkiem koniecznym jest wycena przez każdego wykonawcę tego samego zakresu przedmiotowego. Na powyższe konsekwentnie wskazują zapisy SIWZ, że kosztorysy ofertowe winny zostać wypełnione zgodnie z kosztorysami ślepych (przedmiarami robót) bez możliwości dokonywania zmian.

Izba wskazuje, iż przy tak określonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe stanowią istotny element treści oferty. Tym samym, w oparciu o ww. zapisy SIWZ, sporządzenie kosztorysów ofertowych odbywa się poprzez wypełnienie przedmiarów robót, zaś ich niezgodne wypełnienie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz w konsekwencji powoduje niemożność porównania cenowego złożonych w postępowaniu ofert. Przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Jak wynika z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest

obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Jednakże w odniesieniu do zmiany w kosztorysie ofertowym Odwołującego numerów KNR w stosunku do numerów KNR wskazanych w przedmiarach robót Izba wskazuje, iż to wykonawca jest uprawniony do określenia normatywów na podstawie których dojdzie do wyliczenia należnego mu wynagrodzenia. Zamawiający nie ma prawa do narzucenia wykonawcom sposobu wyliczenia wynagrodzenia, zaś Katalogi Nakładów Rzeczowych nie mają statusu powszechnie obowiązujących i obligatoryjnych normatywów służących wyliczaniu wartości robót budowlanych. Tym bardziej statusu tego nie posiadają stosowane w przedmiarach robót załączonych do SIWZ numery katalogów KNR-W (Katalogi Nakładów Rzeczowych wydawnictwa WACETOB). Wobec powyższego zmiany numerów KNR i KNNR przy zachowanym poprawnym opisie pozycji kosztorysowych nie powodują w tym zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Wobec powyższego nie muszą one być tożsame z tymi wskazanymi przez Zamawiającego w przedmiarach, zaś ich zmiana nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i w konsekwencji poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w sposób sugerowany przez Odwołującego Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), w którego treści skład sądu wskazał, że: „Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty” oraz, że „Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający w istniejącym stanie faktycznym był obowiązany do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek w zakresie wymiarów klap rewizyjnych (poz. 18 kosztorysu wentylacja mechaniczna) i w przypadku braku sprzeciwu Odwołującego wyrażonego w terminie 3 dni w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uznać tą czynność za wiążącą bez konieczności zmiany wartości dla tej pozycji kosztorysowej. Identyczna sytuacja zachodzi w przypadku poz. 23 kosztorysu dotyczącego kanalizacji, gdzie Odwołujący pominął w opisie pozycji zwrot „(...) na 110 mm (...)”, która to omyłka może zostać poprawiona w analogiczny sposób jak wskazany powyżej.

W odniesieniu do omyłek polegających na zmianie ilości przedmiarowej Zamawiający, zdaniem Izby, był również obowiązany do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w przypadku braku sprzeciwu Odwołującego wyrażonego w terminie 3 dni w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uznać tą czynność za wiążącą i w konsekwencji zastosować art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokonać poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Powyższe jest spowodowane faktem, iż zaistniałe omyłki nie mają charakteru istotnego pod względem wartościowym, oraz w przeważającej większości mają nieznaczące znaczenie rzeczowe w odniesieniu do całego zakresu robót (m. in. wykucie bruzd dla przewodów wtynkowych, zaprawianie bruzd oraz skucie starej glazury). Tym samym w zaistniałym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu zakresu przedmiotowego zamówienia i charakteru omyłek Izba stanęła na stanowisku, że ich poprawienie byłoby dopuszczalne i tym samym konieczne. Wszakże art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera analogicznego do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłączenia, które umożliwiłoby odstępianie przez Zamawiającego od dokonania obligatoryjnych czynności, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innego powodu, lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

II. W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na treść harmonogramu rzeczowo – finansowego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Zamawiający na str. 6 SIWZ wskazał, że prace budowlane wielobranżowe będą realizowane w dwóch etapach:

I etap – rozpoczęcie prac: od daty protokołu wprowadzenia na budowę;

zakończenie prac: wg przyjętej oferty;

Zakres prac: I piętro - część B plus fragment części środkowej pawilonu nr 8, w pozostałej części

I piętra będzie funkcjonował Oddział łóżkowy chirurgiczny;

II etap – rozpoczęcie prac: wg przyjętej oferty;

zakończenie prac: wg przyjętej oferty.

Zakres prac: I piętro – część A plus fragment części środkowej oraz II piętro – część A plus fragment części środkowej Pawilonu nr 8;

Zakończenie etapu budowy oznacza oddanie części prac umożliwiających prowadzenie działalności medycznej (Oddziału).

Zamawiający wskazał, że dopuszcza się prowadzenie równocześnie dwu etapów budowy (wyłączenie pracy oddziału) w okresie nie dłuższym niż 4 tygodnie oraz, że realizacja robót będzie przebiegała w czynnym obiekcie szpitalnym tj. Pawilonie Nr 8 Szpitala Wolskiego.

Na str. 7 SIWZ w pkt 3 Zamawiający wskazał, że oferent powinien zapoznać się z: przedmiotem specyfikacji, dokumentacją projektową w celu ustalenia i przekazania prawidłowego „Harmonogramu rzeczowo- finansowego robót, nie kolidującego z czynnym obiektem (brak możliwości prac głośnych w godzinach wieczornych i nocnych).

Na str. 10 SIWZ w pkt 12 Zamawiający wskazał, wśród żądanych dokumentów, harmonogram rzeczowo – finansowy zawierający podział realizacji przedmiotu umowy na poszczególne etapy robót i terminy ich realizacji wraz z wynagrodzeniem za te etapy.

W § 1 pkt 2 ppkt 1 istotnych dla stron postanowień umowy (załącznik nr 18 do SIWZ) Zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres robót określają załączniki stanowiące integralną część umowy, w tym m. in. harmonogram rzeczowo – finansowy (załącznik nr 1 do umowy). Jednocześnie w § 5 ust. 9 istotnych dla stron postanowień umowy (załącznik nr 18 do SIWZ) Zamawiający wskazał, że harmonogram rzeczowo – finansowy zawierający podział realizacji przedmiotu umowy na poszczególne etapy robót i terminy ich realizacji wraz z wynagrodzeniem za te etapy stanowi załącznik nr 2 do umowy.

Izba ustaliła, iż załączony wraz z ofertą na str. 89 harmonogram rzeczowo – finansowy nie uwzględnia wytycznych zawartych w SIWZ. Brak jest w ww. harmonogramie podziału przedmiotu zamówienia na dwa etapy, jak również nie sposób ustalić z jego treści, czy Odwołujący uwzględnił możliwość prowadzenia równocześnie dwu etapów budowy (wyłączenie pracy oddziału) w okresie nie dłuższym niż 4 tygodnie.

Tym samym Izba stanęła na stanowisku, iż treść załączonego wraz z ofertą na str. 89 harmonogramu rzeczowo – finansowego nie uwzględnia wytycznych zawartych w SIWZ, co powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Harmonogram rzeczowo – finansowy stanowi treść merytoryczną oferty. Powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. (sygn. akt V GA 40/09) w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie

podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ”.

W odniesieniu do zarzutów Odwołującego dotyczących braku podstaw do uwzględnienia przez Izbę kwestii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołującego w powyższym zakresie, tj. jako nie podniesionych w treści uzasadnienia odrzucenia oferty z dnia 4 maja 2010 r. Izba wskazuje, iż w ww. piśmie został przez Zamawiającego przytoczony fragment treści SIWZ dotyczący roli jaką pełnić miał rzeczony harmonogram oraz aspektów realizacyjnych i organizacyjnych zadania inwestycyjnego, które winny zostać uwzględnione przez wykonawców przy jego sporządzeniu. Zamawiający nie narzucił wykonawcom formy, w jakiej miał zostać sporządzony ten dokument, co nie oznacza możliwości jego sporządzenia w oderwaniu od ww. postanowień SIWZ, tj. nie uprawniał do dowolności jego prezentacji. W piśmie z dnia 4 maja 2010 r. zawierającym podstawę i uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego pod stwierdzeniami dotyczącymi kosztorysów ofertowych oraz dotyczącymi harmonogramu rzeczowo – finansowego znajduje się stwierdzenie, że: „Wobec powyższego, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ oferta Państwa podlega odrzuceniu”. Wskazuje to, zdaniem Izby, iż podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była niezgodność oferty w zakresie, zarówno kosztorysów ofertowych, jak również harmonogramu rzeczowo – finansowego. Powyższe zostało potwierdzone w toku rozprawy przez Zamawiającego.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający odrzucił również ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na załączenie do oferty harmonogramu rzeczowo – finansowego, którego treść nie uwzględniała wytycznych zawartych w SIWZ, co w konsekwencji spowodowało niezgodność oferty z treścią SIWZ. Wobec braku w treści odwołania zarzutu naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp w odniesieniu do powyższej podstawy faktycznej Izba uznała, iż czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na załączenie do oferty harmonogramu rzeczowo – finansowego, którego treść spowodowała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ uprawomocniła się wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący nie odniósł się w treści odwołania oraz w toku rozprawy merytorycznie do powyższej kwestii wskazując, że zapis dotyczący harmonogramu rzeczowo – finansowego znalazły się w piśmie z dnia 4 maja 2010 r. przez omyłkę.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskutek odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na popełnienie błędu w obliczeniu ceny Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Zamawiający na str. 7 w pkt 1 SIWZ wskazał, że instalacja gazów medycznych jest zakwalifikowana jako wyrób medyczny (odbiór instalacji osobnym protokołem końcowym).

Izba ustaliła, zaś Strony w toku postępowania potwierdziły, że Zamawiający w SIWZ nie narzucił wykonawcom stawki podatku od towarów i usług.

W Rozdziale XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający wskazał, że cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost, jak również nie ujęte a niezbędne do wykonania zadania, tj. podatek VAT, ubezpieczenie OC, wszelkie prace przygotowawcze, koszty dojazdów, itp.

Odwołujący w złożonej w postępowaniu ofercie na str. 1 formularza ofertowego w pkt 1 (podatek VAT) wskazał dwie stawki tego podatku, tj. stawkę 7% i 22%. Ze znajdującej się na str. 42 oferty strony tytułowej kosztorysu ofertowego dla instalacji gazów medycznych wynika, iż tylko dla ww. instalacji Odwołujący zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 7%.

Izba stoi na stanowisku, iż nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wszakże podatek od towarów i usług ma charakter cenotwórczy, o czym przesądza treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto nie sposób uznać, iż ustawodawca definiując pojęcie ceny w ww. przepisie ustawy o cenach miał na myśli jakikolwiek podatek od towarów i usług, a nie podatek ustalony w oparciu o obowiązujące przepisy. Zatem, zdaniem Izby, prawidłowo określona cena jest wartością uwzględniającą podatek od towarów i usług w stawce zgodnej z obowiązującymi przepisami, nie zaś w stawce ustalonej w sposób błędny lub w stawce nieistniejącej. Na powyższe wskazuje wykładnia celowościowa i funkcjonalna art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Choć ustawa o podatku od towarów i usług nie zawiera uregulowań dotyczących stosowania jednolitych stawek podatku VAT powyższa kwestia jest postrzegana dość jednolicie w orzecznictwie i doktrynie. Liczne orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, Wojewódzkich Sądów Administracyjnych oraz interpretacje organów podatkowych wskazują na dopuszczalność tego rodzaju mechanizmu oraz wskazują ogólne wytyczne przy jego stosowaniu. Oznacza to, iż istnieją ogólne reguły, jakimi kierować się winni podatnicy przy ustalaniu podstawy opodatkowania dla czynności złożonych z dostaw i usług opodatkowanych w oparciu o różne stawki podatku VAT lub czynności jednolitych, w skład których wchodzi dostawy lub usługi zróżnicowane tylko podstawą opodatkowania. Zastosowanie właściwej stawki podatkowej zależy od przedmiotu umowy cywilnoprawnej. Jeżeli przedmiotem umowy są roboty budowlano - montażowe dotyczące obiektów budownictwa opodatkowanych stawką podstawową VAT w wysokości 22%, w ramach których dojdzie do dostawy i montażu urządzeń lub instalacji opodatkowanych stawką preferencyjną VAT w wysokości 7%, które to urządzenia lub instalacje staną się jednocześnie częściami składowymi budowli, wówczas do usługi obejmującej wartość towaru wraz z montażem stosuje się jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 22%, tj. właściwej dla świadczenia głównego.

W tym zakresie Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2008 r. (sygn. akt I FSK 1512/07), przywołanego przez Przystępującego, w którym zostało wskazane, że: „Podział czynności opodatkowanych VAT dokonywanych na terytorium kraju ma charakter dychotomiczny - czynność stanowi albo dostawę towarów albo świadczenie usług. (...) W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesądzać czynność główna. (...) A zatem dokonana przez spółkę czynność polegająca na wyprodukowaniu więźby dachowej, a następnie jej dostarczeniu i zamontowaniu na budynku mieszkalnym, jako wykonanie całej inwestycji, stanowi usługę budowlaną – montażową, a nie dostawę towarów. (...) W związku z tym, że w odniesieniu do robót budowlanych – montażowych związanych z budownictwem mieszkalnym do 31.12.2007 r. zastosowanie miała 7% stawka VAT, usługa powyższa dokonywana przed 01.01.2008 r. powinna być opodatkowana według tej właśnie stawki”. Tym samym dokonanie dostawy w ramach realizacji robót budowlanych powoduje, że przedmiot dostawy podlega opodatkowaniu w oparciu o stawkę podatku VAT dla czynności głównej, tj. w tym wypadku jednolitej stawki 22% właściwej dla robót budowlanych

Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy wskazał, iż Zamawiający nie ma podstaw do interpretacji prawa podatkowego, jak również badania poprawności zastosowanej stawki podatku od towarów i usług, i tym samym poprawności wyliczenia wartości tego podatku. Wskazał również, iż Zamawiający nie miał prawa samodzielnie podważyć zasadności zastosowania przez Odwołującego stawki preferencyjnej, gdyż winien on wystąpić do Ministra Finansów o indywidualną interpretację prawa podatkowego dotyczącego przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne i na tej podstawie zweryfikować stawki.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego w tym zakresie. Uznanie, iż zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług przy wyliczeniu ceny oferty stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do oceny i badania ofert także w tym zakresie. Zamawiający w przypadku zastosowania przez poszczególnych wykonawców odmiennych podstaw opodatkowania jest zobligowany do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, celem ustalenia, która oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż ww. przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty. Zaniechanie w tym zakresie stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, gdyż powyższy przepis statuuje normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym.

Uregulowana w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) instytucja interpretacji prawa podatkowego wskazuje, iż interpretacje nie stanowią obowiązującej wykładni prawa podatkowego. Stosownie do art. 14b §1 ustawy Ordynacja podatkowa, interpretacja, o której mowa w art. 14a §1, nie jest wiążąca dla podatnika, płatnika lub inkasenta. Jeżeli jednak podatnik zastosował się do tej interpretacji, organ

nie może wydać decyzji określającej lub ustalającej ich zobowiązanie podatkowe bez zmiany albo uchylecia postanowienia, o którym mowa w art.14a § 4, jeżeli taka decyzja byłaby niezgodna z interpretacją zawartą w tym postanowieniu. Interpretacja, o której mowa w art.14a § 1, jest wiążąca dla organów podatkowych i organów kontroli skarbowych właściwych dla wnioskodawcy i może zostać zmieniona albo uchylona wyłącznie w drodze decyzji, w trybie określonym w § 5 (art.14b § 2 Ordynacja podatkowa). Oznacza to, iż interpretacje uzyskane przez podatników nie wiążą ich samych, jak również mogą zostać zmienione lub uchylone przez powołane do tego organy. Tym samym należy uznać, iż w polskim systemie prawa brak jest instytucji wykładni legalnej nawet w odniesieniu do przepisów prawa podatkowego. Wobec powyższego nie sposób uznać, iż uprawnione do tego organy mogą dokonywać interpretacji przepisów prawa podatkowego w sposób wiążący dla podatników i innych podmiotów. Na powyższe wskazuje treść uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 24 września 2008 r. (sygn. akt I SA/OI 378/08), w którym wskazano, że: „Instytucja interpretacji prawa podatkowego uregulowana w art. 14a - 14c o.p. nie polega na stosowaniu prawa w pełnym zakresie, a ogranicza "działanie" organu do przedstawienia stronie własnego rozumienia normy prawnej oraz jej zastosowania do podanego przez stronę stanu faktycznego”. Istota i skuteczność interpretacji indywidualnych oraz rola w systemie prawa podatkowego organów uprawnionych do ich wydawania została wskazana w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 20 listopada 2007 r. (sygn. akt I SA/Łd 441/07), w którym zostało wskazane, że: „Interpretacje nie są źródłem prawa, nie są też źródłem obowiązków, stąd nie wiążą one podatników w ramach przedstawionego przez nich stanu faktycznego. Pismo rozstrzygające interpretacje nie jest rozstrzygnięciem władczym, nie ma także charakteru aktu stosowania prawa. Wydając postanowienie zawierające interpretację organ podatkowy nie ustanawia żadnej normy indywidualnej, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego i sposobu ich zastosowania w odniesieniu do określonej sprawy indywidualnej”.

Tym samym rola, jaką pełnią interpretacje indywidualne oraz rola wydających je organów nie pozbawia innych podmiotów uprawnienia dokonywania oceny i weryfikacji stosowania przepisów prawa podatkowego, w tym samym nie powoduje również, iż podmioty te dokonując takiej oceny bezprawnie wkraczają w kompetencje organów podatkowych.

Wobec powyższego Izba nie podziela poglądu Odwołującego wyrażonego w treści odwołania oraz w toku rozprawy, że Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do oceny ofert wykonawców w zakresie prawidłowości zastosowania stawek podatku od towarów i usług. Zamawiający oceniając złożone oferty doszedł, w oparciu o dotychczasową praktykę organów podatkowych oraz orzecznictwo sądów administracyjnych, do wniosku, iż tylko jeden ze sposobów określenia przez wykonawców ceny może być prawidłowy, tj. tylko obliczenie ceny przy użyciu

jednej z zastosowanych przez wykonawców stawek podatkowych może być zgodne z przepisami prawa podatkowego. Jak wynika z pisma z dnia 4 maja 2010 r. informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający uznał, iż właściwą stawką podatku od towarów i usług jest jednolita stawka w wysokości 22%. Objęcie dostawy samodzielnych wyrobów medycznych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 7% nie jest kwestionowane ani przez Izbę, ani przez Zamawiającego. Jednakże w związku z faktem, iż dostawa wyrobu medycznego w postaci instalacji gazów medycznych nie stanowi odrębnego przedmiotu dostawy, jest realizowana w ramach realizacji robót remontowo – budowlanych oraz, w związku z faktem, iż instalacja ta stanie się integralną częścią budynku wskazują, iż ocena dokonana przez Zamawiającego zdaje się być prawidłowa. Odwołujący nie przedstawił interpretacji indywidualnej wskazującej i potwierdzającej, że zastosowana przez niego stawka podatku od towarów i usług jest prawidłowa. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający w sposób wystarczający wykazał, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny i słusznie odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdziły się przedmiotowe odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność treści oferty w zakresie harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz stwierdzenie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 i pkt 4.

Przewodniczący:

.....

