

Sygn. akt: KIO 758/19

WYROK
z dnia 13 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz wykonawcy **Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Michałowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 758/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego – **Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. o budynek dla Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddziału Hematologii oraz Banku Komórek Macierzystych* (znak postępowania: ZP/3/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 024 - 051888.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. wykonawca ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie złożonej w postępowaniu oferty Odwołującego pomimo tego, iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. dokonanie powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. uznanie, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu;
4. uznanie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz instalacji i urządzeń sanitarnych na okoliczność ustalenia tego, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że instalacja ciekłego azotu przewidziana do wykonania w ramach zamówienia nie miała stanowić wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny niniejszej sprawy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że jedyną zarzucaną przez Zamawiającego sprzecznością pomiędzy treścią oferty Odwołującego i treścią SIWZ jest zaoferowanie przez Odwołującego instalacji gazów medycznych jako wyrobu medycznego, podczas gdy - według stanowiska Zamawiającego przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego - instalacja ciekłego

azotu (8.4 Tabeli elementów ceny ryczałtowej dla całego zakresu robót budowlano-montażowych określonych jako „8. Instalacja gazów medycznych”) wykonana w ramach zamówienia nie może być wyrobem medycznym.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje tego, iż wyroby medyczne (w tym w szczególności gazy medyczne i dotyczące ich instalacje) objęte są stawką VAT 8% i nie zarzuca Odwołującemu błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Jediną podstawą, na której Zamawiający opiera odrzucenie oferty Odwołującego jest to, że Odwołujący oferuje wykonanie instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego, zaś według Zamawiającego z treści SIWZ wynika, iż instalacja ciekłego azotu wykonana w ramach zamówienia ma nie stanowić wyrobu medycznego. Odwołujący wskazał, iż powyższe stanowisko Zamawiającego jest chybione.

Dalej Odwołujący podkreślał, iż zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa i doktryny prawniczej (patrz chociażby wyrok KIO z dnia 14.08.2014 r., KIO 1543/14, publ. LEX nr 1514851) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. Wskazał, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Następnie Odwołujący przywołał stanowisko wynikające z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi mieć charakter zasadniczy, nieusuwalny, niewątpliwy (wyrok KIO z dnia 13 listopada 201 r. sygn. akt: KIO 2487/13, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 97/09, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 158/09, wyrok KIO z dnia 22 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1104/08, wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2589/18).

Odwołujący podkreślił, iż w całej dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ nie ma bowiem stwierdzenia, iż instalacja ciekłego azotu ma nie stanowić wyrobu medycznego. Stwierdził, iż wręcz przeciwnie, z dokumentacji projektowej zamówienia wynika, iż instalacja ciekłego azotu, która ma zostać wykonana w ramach zamówienia, jest wyrobem medycznym.

Następnie Odwołujący przywołał definicję wyrobu medycznego zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych, jak również treść art. 132 ww. ustawy. Jednocześnie wskazał, iż definicja ustawowa wyrobu medycznego odpowiada określeniu wyrób medyczny

zdefiniowanemu w przepisach rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. - w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2001 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/ EWG.

Dalej wskazał, iż powyższe oznacza, że to cel zastosowania danego wyrobu determinuje to, czy wyrób ten jest wyrobem medycznym, czy nie. Na to, że instalacja ciekłego azotu wykonana w ramach zamówienia ma stanowić wyrób medyczny wskazuje podanie w treści pkt 7 ppkt 7.1 „Projektu wykonawczego instalacji gazów medycznych i próżni oraz ciekłego azotu” celu tej instalacji, a mianowicie, iż instalacja ciekłego azotu „będąca przedmiotem opracowania służy do ciągłego przechowywania tkanek (pomieszczenie kriostatów)”. Uzasadniał, iż kriostat zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN jest „urządzeniem do utrzymywania niskich temperatur w zamkniętym środowisku”. Krioprezewacja zaś (proces zamrażania i przechowywania tkanek lub komórek w ekstremalnie niskiej temperaturze około 77K, tj. -196°C przy użyciu ciekłego azotu) stosowana jest w instytutach badawczych, laboratoriach *in vitro*, bankach krwiodawstwa, bankach nasienia, komórek jajowych, czy komórek macierzystych, bankach nasion roślinnych, szpitalach, lecznicach weterynaryjnych, a nawet ogrodach botanicznych i arboretach.

Wobec tego, że zamówienie ma polegać na rozbudowie Szpitala o budynek m.in. na potrzeby Banku Komórek Macierzystych uznać należy, iż instalacja ciekłego azotu służyć będzie chociażby zamrażaniu i utrzymywaniu komórek macierzystych. Komórki macierzyste hodowane w kulturach *in vitro* mają natomiast zastosowanie w produkcji organizmów transgenicznych, z czym wiąże się rozwój terapii komórkowej i medycyny regeneracyjnej. Przy pomocy zarodkowych komórek macierzystych i somatycznych komórek macierzystych podejmuje się leczenie: nowotworów złośliwych, cukrzycy typu pierwszego, choroby Parkinsona, płasawicy Huntingtona, celiakii, niewydolności serca, uszkodzenia mięśni i wiele innych chorób. Wobec powyższego uznać należy, iż instalacja ciekłego azotu mająca zostać wykonana w ramach zamówienia stanowi samodzielny (a na pewno w połączeniu ze zgromadzonymi komórkami macierzystymi) wyrób medyczny, ponieważ stanowi urządzenie do używania w celach terapeutycznych, co zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych jest wyrobem medycznym.

Kolejno Odwołujący podniósł, że Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazuje, iż odrębnie (w różnych działach Projektu Wykonawczego oraz Specyfikacji Technicznego Wykonania i Odbioru Robót) opisał warunki wykonania instalacji gazów medycznych oraz warunki wykonania instalacji ciekłego azotu i że w działach dotyczących instalacji ciekłego azotu Zamawiający nie wskazał, że instalacja ta ma stanowić wyrób medyczny. Odwołujący zaznaczył, iż powyższe twierdzenia

Zamawiający sformułował po raz pierwszy właśnie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Do tego czasu Zamawiający traktował instalacje ciekłego azotu jako jeden z elementów branży określonej jako „Gazy medyczne”, które bezspornie stanowią wyroby medyczne. Na powyższe wskazuje to, że warunki i sposób wykonania instalacji ciekłego azotu zawarte zostały w dokumentacji projektowej zamówienia dotyczącej gazów medycznych („Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót z branży Gazy medyczne” oraz „Projekt wykonawczy instalacji gazów medycznych i próżni oraz ciekłego azotu”), podobnie jak w Tabeli elementów ceny ryczałtowej instalacja ciekłego azotu zawarta jest w zakresie robót określonych jako „8 Instalacja gazów medycznych”, która to instalacja niewątpliwie jest wyrobem medycznym. Wszystkie wiersze (8.1 - 8.4) w zakresie tych robót opisane są zaś jako: „Gazy medyczne”.

Dalej Odwołujący wskazał, iż nie jest prawdą, by warunki i sposób wykonania instalacji gazów medycznych były odrębne od warunków i sposobu wykonania instalacji ciekłego azotu, ponieważ Specyfikacja Techniczna Wykonania Robót w branży Gazy medyczne posiada również postanowienia wspólne dotyczące zarówno instalacji gazów medycznych, jak i instalacji ciekłego azotu (cały dział II „Wymogi Ogólne” STWiOR). Zgodnie z pkt 1 w tym dziale przedmiotem Specyfikacji są *„wymagania dotyczące wykonania i odbioru instalacji tlenu, sprężonego powietrza medycznego oraz instalacji ciekłego azotu wykonywanych w ramach zadania rozbudowy Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. o budynek Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Oddziału Hematologii z pododdziałem Intensywnej Chemioterapii przy Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Dekerta T.”*

Zgodnie zaś z ppkt 1.2.3 (błędnie oznaczonym również jako 1.2.6) jako zakres robót dla instalacji ciekłego azotu przewidziano: montaż kompletnej instalacji ciekłego azotu oraz próby instalacji według normy PN-EN ISO 7396-1 dot. instalacji gazów medycznych.

W pkt 2 działu II STWiOR wskazano, iż rurociągi z rur miedzianych w ramach instalacji (bez rozróżnienia czy chodzi o instalacje gazów medycznych czy o instalacje ciekłego azotu) powinny odpowiadać następującej normie PN-EN 13348:2009 (jest to norma „Miedź i stopy miedzi - Rury z miedzi okrągłe bez szwu do gazów medycznych lub próżni”, która określa m.in. szczególne wymagania odnośnie jakości wewnętrznych powierzchni rur).

Normy te dotyczą właśnie wyrobów medycznych (którymi gazy medyczne bezspornie są) i jako takie pośrednio wskazują, iż instalacja ciekłego azotu również ma stanowić wyrób medyczny.

Wreszcie w pkt 10 działu II Specyfikacji wskazano, iż warunki techniczne wykonania robót (również instalacji ciekłego azotu) określają m.in. ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych oraz szereg rozporządzeń wydanych na jej podstawie oraz norm,

które dotyczą wyrobów medycznych. W żadnym miejscu dokumentacji projektowej nie wskazano przy tym, że instalacja ciekłego azotu nie ma stanowić wyrobu medycznego, co czyniłoby aktualne stanowisko Zamawiającego lepiej uzasadnionym.

Również na etapie wyjaśnienia treści SIWZ powyższego nie wskazano. Wręcz przeciwnie - w przywoływanej już odpowiedzi na pytanie (P10) Zamawiający zmienił treść SIWZ pozwalając wykonawcom na stosowanie stawki 8% VAT, co stanowi potwierdzenie tego, iż w zakres zamówienia wchodzi dostawa wyrobów medycznych bez konkretnego wskazania, który element zamówienia ma stanowić wyrób medyczny. Mając jednak na uwadze, iż przedmiotowa zmiana SIWZ nastąpiła wskutek pytania dotyczącego całej instalacji gazów medycznych za usprawiedliwione uznać należy przekonanie, iż dotyczyła ona robót z branży „Instalacja gazów medycznych” - pkt 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej (obejmującej wszystkie wycenione roboty w pozycjach: 8.1 - 8.4 - bez wyłączeń).

Odwołujący uzasadniał, iż wykonawcy w składanych ofertach - w Tabelach elementów ceny ryczałtowej zastosowali stawkę VAT 8% do różnych elementów zamówienia, a co za tym idzie uznali, że to te właśnie elementy (objęte stawką 8% VAT) stanowią wyroby medyczne. Odwołujący - mając na uwadze przytoczone wcześniej argumenty - uznał, iż całość robót z branży określonej jako „Instalacja gazów medycznych”, czy też „Gazy medyczne” (tj. wszystkie podpunkty punktu 8. w Tabeli elementów ceny ryczałtowej włącznie z instalacją ciekłego azotu) stanowi wyrób medyczny.

Inny wykonawca - CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. w Regułach uznał, że wyrób medyczny stanowią jedynie jednostki zasilania medycznego i stawkę VAT 8% zastosował jedynie co do ppkt 8.3 Tabeli elementów ceny ryczałtowej - dostawa i montaż jednostek zasilania medycznego. Inni zaś wykonawcy uznali, iż wyrób medyczny stanowią wszystkie roboty dotyczące branży „Instalacje gazów medycznych” za wyjątkiem instalacji ciekłego azotu. Oznacza to, że nieprawdą jest, by inni oferenci (poza Odwołującym) jednoznacznie oceniali, które z elementów zamówienia mają stanowić wyroby medyczne, a które nie.

W tych okolicznościach za prawdziwe uznać należy twierdzenia, iż Zamawiający na żadnym etapie postępowania przed upływem terminu składania ofert nie wskazał jednoznacznie, który konkretnie element zamówienia ma stanowić wyrób medyczny (a w szczególności nie wskazał, czy elementem takim jest instalacja ciekłego azotu) i że wykonawcy składający oferty w postępowaniu w różny sposób rozumieli te same postanowienia SIWZ. Dalej Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2018 r., KIO 1468/18.

Odwołujący stwierdził, iż z dokumentacji projektowej (stanowiącej część SIWZ) wynika, iż instalacja ciekłego azotu jest wyrobem medycznym, a jeżeli faktycznie zamysłem Zamawiającego było to, by instalacja ta nie była wyrobem medycznym, to nie zostało to wyrażone w SIWZ, a powinno to zostać wyrażone wyraźnie i jednoznacznie.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż nie zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią oferty Odwołującego a treścią SIWZ, ponieważ na podstawie treści SIWZ nie można stwierdzić, że instalacja ciekłego azotu, która ma zostać wykonana w ramach zamówienia ma nie stanowić wyrobu medycznego, a co najmniej twierdzenie takie jest wątpliwe, co - zgodnie z przywołanym wcześniej stanowiskiem KIO i doktryny prawniczej - nie może działać na niekorzyść Odwołującego i winno skutkować uwzględnieniem niniejszego odwołania.

Dla dokonania powyższych ustaleń, w ocenie Odwołującego, wobec powstałych wątpliwości, konieczna jest wiedza specjalistyczna z zakresu budownictwa i instalacji urządzeń sanitarnych, dlatego niezbędne jest w tym zakresie przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Odwołujący argumentował, że uczestnicy postępowania, jak i sama Krajowa Izba Odwoławcza nie jest w stanie w okolicznościach niniejszej sprawy przesądzić opisanej wyżej spornej kwestii kwalifikacji instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego, bez posiłkowania się wiedzą specjalistyczną z zakresu budownictwa w specjalności sanitarnej, chyba, że uczestnicy postępowania oprą swoje rozważania i wnioski wyłącznie na postanowieniach SIWZ, które wyżej zacytowano. Stąd wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w tym zakresie jest konieczny.

W końcu Odwołujący wskazał, iż odrzucenie oferty Odwołującego - jako bezpodstawne - stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania równej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem nie można stwierdzić, iż Zamawiający dotrzymuje ww. zasad w sytuacji, gdy bezzasadnie odrzuca ofertę jednego z wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 maja 2019 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego;
3. przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów na okoliczności wskazane w treści pisma;
4. zasądzenie od ERBUD S.A. na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż nie ulega wątpliwości, iż już z samej treści ogłoszenia wynika, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie było prowadzenie robót budowlanych na terenie Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w pkt. 2 SIWZ oraz w Opisie przedmiotu zamówienia, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz wzorze umowy, stanowiących odpowiednio załączniki nr 2, 2.1, 2.2 oraz 3 do SIWZ. Z uwagi na powyższe, stwierdził, iż intencja Zamawiającego była jednoznaczna, a każdy z potencjalnych

wykonawców został dokładnie i w sposób wyczerpujący poinformowany o przedmiocie zamówienia i jego charakterze. Jednocześnie określenie przedmiotu zamówienia w postaci robót budowlanych było ściśle uwarunkowane ich specyfiką oraz zaplanowanymi pracami. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ wskazywał taki przedmiot zamówienia, z uwagi na odmienną specyfikę charakteryzującą wykonanie robót budowlanych, a wyrobów medycznych.

Następnie Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia była rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. sp. z o.o. o budynek czyli wykonanie kompleksowych robót budowlanych na jego terenie. Jednym z elementów zamówienia jest również przeprowadzenie robót budowlanych w branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych. Wskazał, że definicja wyrobu medycznego nie obejmuje robót budowlano - montażowych, wykonywanych w ramach instalowania ww. sprzętu. O tym, czy roboty te stanowią będą czynność akcesoryjną związaną z dostawą urządzenia (i opodatkowaną stawką właściwą dla tej dostawy), czy też będą częścią kompleksowych robót związanych ze wzniesieniem budynku, w ramach wykonywania których to dostawa wbudowywanych na stałe (i stanowiących części składowe tego budynku) wyrobów medycznych stanowić będzie świadczenie akcesoryjne (opodatkowane według stawki właściwej dla usługi dominującej), decydują każdorazowo okoliczności wykonywania konkretnego zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje wyposażenie nowo budowanego budynku szpitala jedynie w takie urządzenia, których wbudowanie jest niezbędne do prawidłowego dokonania odbiorów technicznych robót instalacyjnych (w zakresie zasilających te urządzenia instalacji), w powiązaniu z tymi instalacjami. Prace związane z wbudowaniem i podłączeniem tych urządzeń stanowią element procesu inwestycyjnego powiązany z pozostałymi robotami budowlanymi w ten sposób, że ich ukończenie warunkuje dokonanie odbiorów robót branżowych, a ponadto warunkuje rozpoczęcie robót remontowych i wykończeniowych budynku.

Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dot. Opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 2.1 i 2.2 do SIWZ) - wymagał wykonania instalacji gazów medycznych i ciekłego azotu, dla których postawione zostały następujące warunki:

a) opis do projektu budowlanego (dział od 2 do 5), opis projektu wykonawczego (dział od 2 do 6), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (III.1 i III.2), tabela elementów ceny ryczałtowej (pkt 8.1, 8.2 i 8.3) - wymagania Zamawiającego w zakresie instalacji gazów medycznych podlegającej klasyfikacji i dopuszczonej do użytkowania po przeprowadzeniu procesu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych.

Wskazał, że jedynym miejscem gdzie Zamawiający oczekiwał uzyskania wyrobu medycznego zostało to wyraźnie zaznaczone i dotyczyło takich gazów medycznych jak tlen, sprężone powietrze i próżnia.

Zarówno więc opis instalacji jak i przeznaczenie jakemu ma ona służyć nie wskazują, by Zamawiający oczekiwał wykonania instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego. Nie ma zresztą takiej potrzeby – do zastosowań kriogenicznych wystarczy ciekły azot niebędący wyrobem medycznym, znacznie tańszy od swego medycznego odpowiednika. Opis instalacji jak i przeznaczenie, jakemu ma ona służyć, jednoznacznie wskazują, że ciekły azot będzie używany do przechowywania komórek - nie ludzi, zatem zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych instalacja ta nie może być wyrobem medycznym, a w konsekwencji nie może być objęta 8% stawką podatku VAT.

Zamawiający dodał, że norma ISO 7396-1:2016 zharmonizowana z dyrektywą 93/42/EEC, na podstawie której uzyskuje się tzw. potwierdzenia zgodności z wymaganiami zasadniczymi dyrektywy tj. certyfikaty CE, opisuje tylko azot do napędu narzędzi chirurgicznych. Instalacja azotu - tym bardziej ciekłego - nie znajduje się w zakresie powyższej normy, tym samym nie ma możliwości jej oceny zgodności z w/w dyrektywą, a zatem nie może być wyrobem medycznym żadnej klasy, a w konsekwencji nie może być ona objęta 8% stawką podatku VAT. Stąd nie ma podstaw do tego, aby którykolwiek z potencjalnych wykonawców mógł dowolnie interpretować treść zamówienia, w szczególności poprzez dostosowywanie niektórych jego elementów do własnych korzyści np. kwalifikując część robót jako wyrobów medycznych, co pozwoliło na skorzystanie z preferencyjnej 8% stawki podatku VAT.

Następnie Zamawiający argumentował, że powołanie się przez Zamawiającego na konkretną normę ISO nie może stanowić wyłącznego wyróżnika kwalifikującego poszczególne elementy zamówienia jako wyroby medyczne bądź też nie. To definicja ustawowa wyrobu medycznego powinna decydować o zakresie pojęć nim objętych. Tym bardziej, że zagadnienie to ma również znaczenie podatkowe, a stosowanie norm ISO ma charakter dobrowolny. Wola Zamawiającego przy powoływaniu się na normę ISO nie może wpływać na byt i treść zobowiązania podatkowego, które wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Zamawiający dodatkowo zaznaczył, że w części III specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowiącej wymagania techniczne brak już jest odwołań do wskazanej normy. Ta część dokumentu przy tym w sposób oddzielny odnosi się do sieci rozdzielczej gazów medycznych (część III. 1, str. 9) oraz do instalacji ciekłego azotu (część III.3, str. 15). Już takie rozróżnienie (*argumentum a rubrica*) wskazuje na to, że instalacja ciekłego azotu nie jest traktowana przez Zamawiającego jako instalacja gazów medycznych. W podobny sposób wyróżniona została

instalacja ciekłego azotu w projekcie wykonawczym (część I.7 „Instalacja ciekłego azotu), która nie jest opisywana w części dotyczącej gazów medycznych (część I.2).

Dalej Zamawiający argumentował, iż kwalifikacja wyrobu do kategorii wyrobów medycznych o preferencyjnej stawce VAT 8% dokonana musi być na gruncie przepisów innych niż regulacje wynikające z ustawy o podatku od towarów i usług, które nie zawierają unormowań dotyczących zasad klasyfikacji danego towaru do wyrobu medycznego. Zasady wprowadzania do obrotu i używania wyrobów medycznych zostały uregulowane w ustawie o wyrobach medycznych. Zamawiający przywołał definicję wyrobu medycznego zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 38 ww. ustawy. Podkreślał, że ustawa o wyrobach medycznych wprowadza szereg obowiązków dotyczących chociażby sposobów wprowadzania do obrotu, projektowania, wytwarzania i używania wyrobów medycznych, aby podczas ich stosowania nie zagrażały zdrowiu i bezpieczeństwu pacjentów ani pracowników służby zdrowia. Zasady używania i utrzymania wyrobów medycznych wprowadza art. 90 przywołanej ustawy. I tak, wyrób medyczny powinien być właściwie dostarczony przez wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela, prawidłowo zainstalowany i utrzymywany oraz używany zgodnie z przewidzianym zastosowaniem, a użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. W tym celu wyrób medyczny powinien spełniać wymogi zasadnicze, o których mowa w art. 23 ustawy. Co więcej oprócz wymagań zasadniczych, każdy z wyrobów medycznych musi spełniać ponadto wiele wymagań dodatkowych określonych m.in. w art. 24 i 25 ustawy np. w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa, czy środków ochrony indywidualnej. Dla spełniania wymogów bezpieczeństwa określonego wyrobu medycznego konieczne jest dostarczenie przez wytwórcę, importera lub dystrybutora odpowiednich części zamiennych. Ponadto bezpieczeństwo użytkowania danego wyrobu medycznego wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa – które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika - lecz przez odpowiedni upoważniony podmiot lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Jak wynika z powyższych unormowań dowolne zakwalifikowanie zleconych przez Zamawiającego robót jako wyroby medyczne wiązałoby się z dużo większym zakresem obowiązków, które w znacznej mierze obciążałyby użytkownika tych wyrobów, czyli Zamawiającego.

Następnie Zamawiający ustosunkował się do twierdzenia Odwołującego, iż to cel zastosowania danego wyrobu determinuje to, czy wyrób ten jest wyrobem medycznym, czy też nie. Zamawiający wskazał, iż szerokie funkcyjne powiązanie całości czy części inwestycji w środki trwałe z celami terapeutycznymi pozwoliłoby twierdzić, że na dobrą sprawę każda inwestycja prowadzona przez podmiot leczniczy wykonujący działalność leczniczą w formie

całodobowej opieki szpitalnej oznaczałaby dostawę przez wykonawcę „wyrobów medycznych”. Tak przedstawiony tok rozumowania Odwołującego nakazywałby, aby wyrobem medycznym na dobra sprawę było wszystko, co jest objęte przedmiotem zamówienia. Pomimo tego jednak Odwołujący nie zaoferował właściwej dla wyrobów medycznych stawki podatku np. do instalacji elektrycznej, bez której to kriostaty również nie mogłyby funkcjonować. Tak jednak być nie może ze względu na mimo wszystko wąską definicję wyrobu medycznego, a dla stosowania obniżonej stawki podatku VAT dodatkowo ograniczaną do towarów, z wyłączeniem usług. Zamawiający podkreślał, że zamówienie nie obejmowało całego obszernego i kosztownego wyposażenia pracowni, urządzeń, detektorów, zamrażarek i innych przedmiotów wymienionych w części I.7.5 projektu wykonawczego - t.j. bezsprzecznie wyrobów medycznych, z których część będzie funkcjonować m.in. dzięki instalacji ciekłego azotu.

Kolejno Zamawiający przywołał brzmienie art. 5 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 2 pkt 6 ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający uzasadniał, iż rozróżnienie na towary i usługi ma niezwykle istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a to ze względu na sposób redakcji załącznika nr 3 do ustawy o VAT, który w myśl art. 41 ust. 2 ustawy wymienia towary i usługi, do których ma zastosowanie obniżona stawka podatku 8%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W załączniku tym zawierającym „Wykaz towarów i usług podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT według stawki 8%”, w poz. 105 wymienione zostały, bez względu na symbol PKWiU - „wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika”. Jak wynika z indywidualnej interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2014 r. znak IPPP2/443-129/14-2/DG (tożsame stanowisko zostało wyrażone w interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 27 lipca 2012 r. ILPP2/443-419/12-5/EN) stawka podatku VAT ma zastosowanie wyłącznie do dostawy wyrobów medycznych. W interpretacji organ podatkowy wyraźnie rozróżnia wykonanie i dostawę instalacji gazów medycznych spełniającej warunki wymagane przepisami ustawy o wyrobach medycznych od pozostałych dostaw towarów i usług potwierdzając de facto, iż w rozumieniu VAT jest to dostawa towaru, dalej: wyrobu medycznego certyfikowanego znakiem CE, do której zastosowania ma na podstawie załącznika 3 poz. 105 do ustawy VAT w związku z art. 41 pkt 2 ustawy VAT, obniżona stawka VAT. Równocześnie organ podatkowy odnośnie świadczenia pozostałych usług, w szczególności usług ogólnobudowlanych, zaznaczył, że właściwa jest stawka podstawowa.

Zamawiający wskazał, iż wynika z tego, że 8% stawka podatku VAT ma zastosowanie wyłącznie do dostawy wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej -

innych niż towary związane z ochroną zdrowia wymienione w pozostałych pozycjach załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Mając na uwadze powyższe zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT mogło nastąpić wyłącznie do tych elementów, które stanowią integralny element instalacji gazów medycznych rozpatrywanej w kategorii towaru, tj. wyrobu posiadającego znak CE jako wyrób medyczny, na wszelkich etapach jej wytworzenia, aż po uzyskanie właściwej certyfikacji, oraz do dostawy i montażu innych wyrobów medycznych, w szczególności jednostek zasilania medycznego. Natomiast zupełnie bezpodstawne jest rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego polegające na oferowaniu rzekomego wyrobu medycznego i korzystaniu z preferencji podatkowej w odniesieniu do tych elementów, które stanowią element ogólnobudowlany bądź do świadczeń pozostałych, niezwiązanych z towarem, z którym preferencje podatkowe wiąże ustawa VAT, w szczególności do dostawy instalacji ciekłego azotu, która nie jest certyfikowana jako wyrób medyczny.

Ponadto Zamawiający przywołał stanowiska KIO zawarte w wyroku z dnia 1 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 898/16 oraz wyroku z dnia 3 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 275/18 i wskazał, że zgodnie z tymi stanowiskami można wysnuć tezę, iż skoro wyroby medyczne zostały sklasyfikowane w poz. 105 załącznika nr 3, który odnosi się do towarów, a usługi w tej tabeli zostały umieszczone od poz. 135, to kompleksowe instalacje robione w oparciu o projekt budowlany nie mogą być towarem. Tym samym nie ma podstaw do zakwalifikowania ich jako wyrobu medycznego. Zamawiający wskazał, że wykonanie instalacji ciekłego azotu następuje zgodnie z projektem budowlanym. Jej przebieg jest uwidoczniony na załącznikach graficznych do tegoż projektu. Po wykonaniu inwestycji instalacja staje się częścią składową nieruchomości (art. 47 Kodeksu cywilnego). Nie sposób więc przyjąć, że instalacja ciekłego azotu jest towarem w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług, do którego mogłaby być stosowana obniżona stawka tego podatku. Tym bardziej, że przedmiotem zamówienia nie były objęte końcówki instalacji (panele) i urządzenia, wobec których instalacja ta mogłaby pełnić funkcję akcesoryjną.

Następnie Zamawiający przedstawił wywód prawny dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, powołując się między innymi na stanowisko wynikające z wyroku KIO z dnia 30 listopada 2018 r. sygn. akt: KIO 2343/18 oraz uchwały KIO/KD 79/14. Zamawiający uzasadniał, że zaproponowane w ofercie Odwołującego rozwiązanie nie odpowiada rozwiązaniu technicznemu określone w dokumentacji projektowej, gdyż zamawiający nie wymagał wykonania instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego. Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie wykracza poza rozwiązania wskazane w projekcie wykonawczym i budowlanym oraz dokumentacji projektowej. Co więcej, zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie znacznie podnosi koszt eksploatacji oraz skutkuje powstaniem szeregu obowiązków po stronie Zamawiającego związanych z utrzymaniem i eksploatacją.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący, na którym spoczywał obowiązek dowodowy, nie przedstawił dowodów, z których wynikałyby wnioski przeciwne, nie wskazał też postanowień dokumentacji projektowej, które uzasadniałyby przyjęte przez niego stanowisko. Ponadto nie wskazano też żadnych merytorycznych argumentów, które uzasadniałyby potraktowanie instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie budził żadnych wątpliwości u pozostałych wykonawców, którzy brali udział w przetargu. Złożone przez nich oferty nie uwzględniały preferencyjnej 8% stawki podatku VAT przy instalacji ciekłego azotu. Co więcej, oferta złożona przez Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo właśnie z powodu zastosowania przez niego 8% stawki podatku VAT do tej części zamówienia.

W tym stanie rzeczy Zamawiający uznał, iż zasadnym było odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 nie zaś 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp albowiem w jego ocenie przyczyną jej odrzucenia nie jest błąd w kalkulacji ceny przez Odwołującego lecz złożenie oferty nieodpowiadającej treści oferty. W miejsce oczekiwanych przez Zamawiającego robót budowlanych Odwołujący zaoferował dostawę wyrobów medycznych.

Ponadto Zamawiający podkreślał, że żaden z przepisów prawa nie nakłada obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia według kryteriów negatywnych (t.j. czym przedmiot zamówienia nie jest). Dotyczy to również sytuacji, gdy dla dostawy towaru lub usługi objętej zamówieniem może zachodzić wątpliwość co do stosowania stawki podatku VAT. Dlatego też Zamawiający nie musiał wskazywać w odniesieniu do instalacji ciekłego azotu czy jest bądź też nie jest ona wyrobem medycznym z poz. 105 wymienionego wyżej załącznika do ustawy o podatku od towarów i usług. Z tego samego powodu Zamawiający nie musiał wskazywać, czy instalacja ciekłego azotu nie stanowi którejś z innych stu kilkudziesięciu pozycji tegoż załącznika oraz jednej z setek pozycji innych załączników do ustawy o VAT.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Wskazał, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z powołaniem na treść załączników do SIWZ, w szczególności w opisie projektu wykonawczego i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych wykazuje, że sporna okoliczność była znana wykonawcom, a Zamawiający nie miał obowiązku prawnego wskazywać takiej okoliczności negatywnej. Spór pomiędzy stronami ogranicza się więc co do sposobu interpretacji treści dokumentów. Jego rozstrzygnięcie nie wymaga wiedzy specjalnej, a jedynie uważnej lektury przedłożonej dokumentacji (art. 190 ust. 4 ustawy Pzp). Zdaniem Zamawiającego należy przyjąć, że Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jedynie dla zwłoki w postępowaniu, co uzasadnia oddalenie tego wniosku dowodowego (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępujących, oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Budimex S.A. oraz Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców, którzy zgłosili przystąpienia odpowiednio w dniu 26 i 29 kwietnia 2019 r.

Odwołujący wniesioną opozycję uzasadniał tym, iż obaj wykonawcy upatrywali interesu w zgłoszeniu przystąpienia w tym, że złożone przez nich oferty są prawidłowe, podczas gdy w ocenie Odwołującego złożone przez ww. wykonawców oferty zawierają rozbieżności dotyczące tych samych kwestii co oferta Odwołującego, tj. stawki VAT dla instalacji gazów medycznych.

Uznając za dopuszczalne zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców Budimex S.A. oraz Climamedic Sp. z o.o. Sp. k., których oferty nie były przedmiotem zarzutów niniejszego odwołania, Izba miała na uwadze, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć odrębnie od interesu w uzyskaniu zamówienia, jako przesłanki do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Zdaniem Izby, interes w zgłoszeniu przystąpienia obu wykonawców był niewątpliwy. Oferta Budimex S.A., w przypadku skutecznego odrzucenia oferty Odwołującego, będzie sklasyfikowana na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Z kolei oferta Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. przesunie się w rankingu ofert na wyższą pozycję, co wzięwszy pod uwagę, iż postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej, nie pozbawia ww. wykonawcy szans na uzyskanie zamówienia. Ponadto wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. upatrywał interesu w zgłoszeniu przystąpienia w dążeniu do utrzymania podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania czynności w sposób zgodny z ustawą Pzp.

W świetle powyższego Izba oddaliła opozycję Odwołującego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców Budimex S.A. oraz Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. w charakterze jego uczestników.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i zmianami treści SIWZ, ofertę ERBUD S.A. wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 marca 2019 r. oraz 2 kwietnia 2019 r., pisma Zamawiającego skierowane do ERBUD S.A. z dnia 21 i 29 marca 2019 r., a także zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 12 kwietnia 2019 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 maja 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego Budimex S.A. w toku rozprawy, tj.:

1. ofertę na wykonanie instalacji gazów medycznych i ciekłego azotu „Bermed” Sp. z o.o. Zakład Produkcyjno – Handlowy z 7 marca 2019 r.;
2. ofertę 242/PL/2019 INMED – K. Sp. z o.o. Sp. k. z 26 lutego 2019 r.;
3. pismo „Bermed” Sp. z o.o. Zakład Produkcyjno – Handlowy z 7 maja 2019 r.;
4. specyfikację techniczną do projektu wykonawczego I etapu Centrum Medycyny Nieinwazyjnej Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego.

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz instalacji i urządzeń sanitarnych na okoliczność ustalenia tego, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że instalacja ciekłego azotu przewidziana do wykonania w ramach zamówienia nie miała stanowić wyrobu medycznego w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych uznając, iż ww. dowód został powołany dla zwłoki. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż istota sporu zawisłego przed Izbą w niniejszej sprawie sprowadzała się do wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego nie sposób uznać, że ustalenie ww. okoliczności przez Izbę wymagało wiedzy specjalistycznej, bowiem ocena ww. czynności Zamawiającego możliwa była na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana w zakresie rozbudowy Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. o budynek (pawilon medyczny) dla Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Oddziału Hematologii oraz Banku Komórek Macierzystych, w celu zwiększenia dostępności do wysokiej jakości usług zdrowotnych.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w pkt. 2 SIWZ oraz w opisie przedmiotu zamówienia, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz wzorze umowy, stanowiących odpowiednio załączniki nr 2, 2.1, 2.2 oraz 3 do SIWZ

W punkcie 13.6 SIWZ Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawka podatku VAT dla przedmiotu zamówienia wynosi 23%. Jeżeli wykonawca uprawniony jest do naliczania innej niż obowiązująca stawki podatku VAT, musi załączyć do oferty dokument, na podstawie którego jest do tego uprawniony, pod rygorem odrzucenia oferty.

W dniu 22 lutego 2019 r. Zamawiający, w związku z pytaniem jednego z wykonawców, dokonał zmiany treści SIWZ dotyczącej pkt 13.6 nadając mu brzmienie: *„13.6. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług stawka podatku VAT dla przedmiotu zamówienia wynosi odpowiednio 8% i 23%. Jeżeli Wykonawca uprawniony jest do naliczania innej niż obowiązująca stawki podatku VAT, musi załączyć do oferty dokument, na podstawie którego jest do tego uprawniony, pod rygorem odrzucenia oferty.”*

Punkt 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej zatytułowany „Instalacja gazów medycznych” zawierał 4 cztery podpunkty, tj.: 8.1 – instalacje gazów medycznych, 8.2 – próby w instalacjach gazów medycznych, 8.3 – dostawa i montaż jednostek zasilania medycznego, 8.4 – instalacja ciekłego azotu. Dla każdej z ww. pozycji wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie obowiązany był podać: wartość netto, stawkę podatku VAT, wartość podatku VAT oraz wartość brutto.

Odwołujący w Tabeli elementów ceny ryczałtowej dla wszystkich pozycji wskazanych w punkcie 8, tj. 8.1 – 8.4 zaoferował 8% stawkę podatku VAT.

Pismem z dnia 21 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanej stawki podatku VAT dla poz. 8.1, 8.2, 8.3 oraz 8.4 Tabeli elementów ceny ryczałtowej.

W piśmie z dnia 25 marca 2019 r. Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że stawkę 8% przyjął dla robót budowlano – montażowych, które dotyczą wykonania instalacji gazów medycznych, do której odnosiła się odpowiedź na pytanie P10, w tym prób w tych instalacjach, dostawy i montażu jednostek zasilania medycznego oraz

instalacji ciekłego azotu. Powyższe w ocenie Odwołującego wynika z tego, że cały dział instalacji gazów medycznych, wraz z wszystkimi jego elementami składowymi, stanowią wyroby medyczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych i jako takie, zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i załącznikiem nr 3 do tej ustawy (poz. 105), podlegają objęciu stawką podatku VAT 8%.

Pismem z dnia 29 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o potwierdzenie, iż wykonawca zaoferował wykonanie instalacji ciekłego azotu (poz. 8.4. w tabeli elementów ceny ryczałtowej), jako wyrobu medycznego, który zostanie dopuszczony do użytkowania po przeprowadzeniu przez wykonawcę procesu certyfikacji i uzyskania statusu wyrobu medycznego w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych.

Odwołujący pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. wyjaśnił, że stawka podatku VAT 8% została zastosowana do całej certyfikowanej instalacji gazów medycznych, w tym do wchodzących w zakres świadczenia wykonawcy prób w tych instalacjach, dostawy i montażu jednostek zasilania medycznego oraz instalacji ciekłego azotu. Wskazał, że instalacja ciekłego azotu jest bowiem bez wątpienia kluczowym elementem całej instalacji gazów medycznych w obiekcie Szpitala. Instalacja ta, wraz z jej poszczególnymi elementami, w tym zbiornikiem ciekłego azotu, siecią wewnętrzną i zewnętrzną ciekłego azotu oraz rurociągiem i systemem detekcji tlenu, służyć będzie zaspokajaniu potrzeb medycznych użytkownika, w zakresie prowadzonej przez niego działalności medycznej, w tym w laboratorium. Jako zatem część instalacji gazów medycznych, łącznie z pozostałymi elementami instalacji, stanowić będzie wyrób medyczny, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 38) ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. W konsekwencji znajdzie tu zastosowanie art. 146aa ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i Załącznikiem Nr 3 do tej Ustawy (poz. 105), które upoważniają do zastosowania stawki podatku VAT wynoszącej 8%.

Nadto wskazał, iż w szczególności procedura certyfikacji jako wyrobu medycznego instalacji gazów medycznych, opisana w załączniku do SIWZ, zatytułowanym: „STWOR – Gorzów – instalacja gazów medycznych oraz ciekłe”, obejmie instalację ciekłego azotu, zgodnie z zasadami wynikającymi z PN-EN ISO 7396-1, która bez tej certyfikacji nie będzie mogła być oddana do użytkowania.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż wszystkie materiały użyte do realizacji instalacji gazów medycznych i każdego z jej elementów, muszą posiadać odpowiednie certyfikaty dla wyrobów medycznych klasy IIb oraz certyfikat zgodności z Polską Normą, jeżeli instalacja gazów medycznych ma zostać uznana za wyrób medyczny.

W dniu 12 kwietnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający wskazał, iż w treści SIWZ dot. opisu przedmiotu zamówienia (por. załącznik nr 2.1 i 2.2. do SIWZ) – wymagał wykonania instalacji gazów medycznych i ciekłego azotu, dla których postawione zostały następujące warunki:

- opis do projektu budowlanego (dział od 2 do 5), opis do projektu wykonawczego (dział od 2 do 6), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (III. 1 i III. 2), tabela elementów ceny ryczałtowej (pkt 8.1, 8.2, 8.3) – wymagania Zamawiającego w zakresie instalacji gazów medycznych podlegającej klasyfikacji i dopuszczonej do użytkowania po przeprowadzeniu procesu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych. W tych miejscach zatem, gdzie Zamawiający oczekiwał uzyskania wyrobu medycznego zostało to wyraźnie zaznaczone i dotyczyło to oczywiście takich gazów medycznych jak: tlen, sprężone powietrze medyczne i próżnia,
- osobny dział nr 6 w opisie do projektu budowlanego, osobny dział nr 7 w opisie do projektu wykonawczego, osobny dział nr III.3 w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz pkt 8.4 w tabeli elementów ceny ryczałtowej – w których wykonanie instalacji ciekłego azotu nie zostało wskazane przez Zamawiającego jako wyrób medyczny.

Zgodnie z tak dokonanym opisem i postawionymi warunkami przez Zamawiającego, wykonanie instalacji ciekłego azotu nie może być wyrobem medycznym, a w konsekwencji nie może być również objęte 8% stawką VAT. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie instalacji ciekłego azotu nie budził również żadnych wątpliwości u pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie instalacji ciekłego azotu jako niebędącej wyrobem medycznym, przy zastosowaniu 23% stawki podatku VAT.

Nadto Zamawiający wskazał, iż treść złożonej oferty przez wykonawcę ERBUD S.A. i udzielone przez niego wyjaśnienia, jednoznacznie wskazują, iż zaoferował on i uznał wykonanie instalacji ciekłego azotu jako wyrób medyczny. W związku z powyższym Zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę złożoną przez ww. wykonawcę jako niezgodną z treścią SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo że jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zdaniem składu orzekającego Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Z kolei w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Nie była sporna między Stronami postępowania odwoławczego okoliczność, iż Odwołujący zaoferował wykonanie instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego, dla którego wskazał, jako prawidłową 8% stawkę podatku VAT. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach treści oferty oraz przyznane przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą.

Istota przedmiotowej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny wskazał, które elementy zamówienia mają stanowić wyrób medyczny w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych, a które nie.

Na wstępie Izba wskazuje, że zasadność zarzutów odwołania, w ramach których Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające tę czynność. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i polegać na samodzielnym badaniu istnienia wszystkich przesłanek określonych w przepisie, na podstawie którego Zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy.

Z kolei jak wynika z pisma Zamawiającego z 12 kwietnia 2019 r. podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowanie wykonania przez wykonawcę ERBUD S.A. instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego, podczas gdy zdaniem Zamawiającego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż instalacja ciekłego azotu w ramach zamówienia miała nie stanowić wyrobu medycznego.

Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby z dokumentacji projektowej przedmiotowego zamówienia nie wynikało, iż instalacja ciekłego azotu objęta

niniejszym zamówieniem, miała nie stanowić wyrobu medycznego w świetle przepisów ustawy o wyrobach medycznych.

W ocenie Izby dokonana przez Odwołującego analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia była fragmentaryczna, a przywołane przez Odwołującego w treści odwołania odpowiednie postanowienia SIWZ nie potwierdzały wymogu wykonania instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego.

I tak za nieprawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że Zamawiający dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, po raz pierwszy, wskazał, iż odrębnie (w różnych działach Projektu Wykonawczego oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) opisał warunki wykonania instalacji gazów medycznych oraz warunki wykonania instalacji ciekłego azotu i że w działach dotyczących instalacji ciekłego azotu Zamawiający nie wskazał, że instalacja ta ma stanowić wyrób medyczny. Skoro bowiem dokumentacja techniczna zamówienia, tj. Projekt Wykonawczy oraz Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dostępna była dla wszystkich wykonawców od momentu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, to nie sposób stwierdzić, by Zamawiający dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, po raz pierwszy, zaprezentował ww. stanowisko. Co więcej, w ocenie Izby, podnoszona w ww. zakresie argumentacja Odwołującego potwierdza, że odwołujący się wykonawca nie zapoznał się z treścią dokumentacji postępowania w sposób kompleksowy i należyty.

W tym miejscu wskazać należy na konstrukcję postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym dokumentacji technicznej w zakresie dotyczącym instalacji gazów medycznych oraz instalacji ciekłego azotu. Zdaniem Izby zarówno sposób przedstawienia postanowień SIWZ w ww. zakresie, jak również ich treść potwierdzają, że instalacje gazów medycznych oraz instalacja ciekłego azotu stanowiły odrębne instalacje, z którymi korelowały odpowiednie zapisy specyfikacji. I tak Izba wskazuje, że punkt 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej zawierał m.in. odrębny punkt 8.1 nazwany „Instalacje gazów medycznych” oraz punkt 8.4 „Instalacja ciekłego azotu”. Gdyby było zatem tak jak argumentował Odwołujący, tj. że instalacja ciekłego azotu stanowi instalację gazów medycznych, to Zamawiający nie wyodrębniłby w punkcie 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej osobnej pozycji dotyczącej instalacji ciekłego azotu.

Następnie Izba wskazuje, iż w punkcie II Wymogi ogólne, ppkt 1.2 STWiORB dotyczącym zakresu robót objętych specyfikacją techniczną podano, że ustalenia zawarte w ST stanowią wymagania dotyczące: 1.2.1 wewnętrznych instalacji gazów medycznych: tlenu, sprężonego powietrza dla celów medycznych oraz próżni wraz z sygnalizacją stanu gazów medycznych i próżni oraz niezbędną armaturą w budynku wchodzącym w zakres niniejszego opracowania, 1.2.1 jednostek zasilających oraz punktów poboru wchodzących

w zakres opracowania oraz 1.2.3 instalacji ciekłego azotu. Ponadto w punkcie III STWiORB, ppkt 1 opisano sieć rozdzielczą gazów medycznych, a w ppkt 3 instalację ciekłego azotu. Następnie Izba wskazuje, że w Projekcie Wykonawczym, osobny dział nr 7 został poświęcony instalacji ciekłego azotu, zaś działy nr 2 – 6 ww. Projektu odnosiły się do instalacji gazów medycznych. Kolejno wskazać należy, iż również w Projekcie budowlanym, osobny dział nr 6 dotyczył instalacji ciekłego azotu, zaś działy nr 2 – 5 opisywał kwestie związane z instalacjami gazów medycznych.

Z powyższego, w szczególności w świetle brzmienia punktu 1.2 STWiORB, wynika zatem w sposób jednoznaczny, że pod pojęciem instalacji gazów medycznych, na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało rozumieć instalacje dotyczące takich gazów jak tlen, próżnia oraz sprężone powietrze. Z kolei instalacja ciekłego azotu stanowiła odrębną od powyższych instalację. Ponadto we wskazanych wyżej miejscach SIWZ Zamawiający, w przypadku gdy oczekiwał uzyskania wyrobu medycznego wyraźnie to zaznaczał i wskazywał, że dotyczy to takich gazów medycznych jak tlen, sprężone powietrze i próżnia.

W ocenie Izby stanowiska Odwołującego nie potwierdza także analiza punktu 7 ppkt 7.1 Projektu wykonawczego instalacji gazów medycznych, jak również to, że warunki i sposób instalacji ciekłego azotu zostały zawarte w dokumentacji projektowej dotyczącej gazów medycznych, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót z branży Gazy medyczne oraz Projekcie wykonawczym instalacji gazów medycznych i próżni oraz ciekłego azotu. Odnosząc się do wskazywanego przez Odwołującego celu instalacji ciekłego azotu Izba wskazuje, że kwestia ta była kwestią wtórną, wobec konieczności ustalenia, czy Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od wykonawców zaoferowania ww. instalacji będącej wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący w tej materii nie podjął, wbrew ciężącemu na wykonawcy obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, żadnej inicjatywy dowodowej i nie wykazał, że ww. instalacja przeszłaby proces certyfikacji zgodnie z normą PN - EN ISO 7396-1. Jednocześnie za nieprawidłowe należy uznać działanie wykonawcy, który swoje stanowisko w dużej mierze opierał na tytułach poszczególnych dokumentów składających się na dokumentację techniczną, czy nazwach pozycji zawartych w punkcie 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej.

Ponadto w odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego punktu 2 działu II STWiORB, z którego wynika, iż rurociągi z rur miedzianych w ramach instalacji powinny odpowiadać normie PN-EN 13348:2009 Izba zauważa, że sam wykonawca ERBUD S.A. podniósł, że norma ta jedynie pośrednio wskazuje, że instalacja ciekłego azotu również ma stanowić wyrób medyczny.

W ocenie Izby stanowiska Odwołującego nie potwierdza również okoliczność, że

w STWiORB – dział II Wymagania ogólne zawarto wspólne postanowienia dla instalacji gazów medycznych, jak i dla instalacji ciekłego azotu, czy też że w punkcie 10 wskazano, iż warunki techniczne wykonania robót określają m.in. ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych oraz szereg rozporządzeń wydanych na jej podstawie oraz norm, które dotyczą wyrobów medycznych.

Podsumowując powyższe Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, który negatywny dla wykonawcy ERBUD S.A. skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uzasadniał brakiem precyzji Zamawiającego przy opisanu przedmiotu niniejszego zamówienia, a w szczególności brakiem jednoznacznego stwierdzenia w dokumentacji projektowej, iż instalacja ciekłego azotu ma nie stanowić wyrobu medycznego. W tym miejscu wskazać należy, iż słusznie argumentował Zamawiający, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia według kryteriów negatywnych, tj. czym przedmiot zamówienia nie jest. W świetle przepisów ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem skonkretyzowanie zamawianych potrzeb, czemu Zamawiający dał wyraz w dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania opisując odrębnie instalacje gazów medycznych dotyczących tlenu, próżni i powietrza stanowiących, w ocenie Zamawiającego, wyroby medyczne, oraz odrębnie instalację ciekłego azotu niebędącą wyrobem medycznym.

Zdaniem składu orzekającego Izby, należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt akcentowany przez Zamawiającego, który nie został kwestionowany przez Odwołującego w toku rozprawy. Jak wskazywał bowiem Zamawiający bezpieczeństwo użytkowania danego wyrobu medycznego wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa – które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika - lecz przez odpowiedni upoważniony podmiot lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Tym samym z powyższego wynika, że dowolne zakwalifikowanie przez wykonawcę zleconych przez Zamawiającego robót jako wyroby medyczne wiązałoby się z dużo większym zakresem obowiązków, które w znacznej mierze obciążałoby użytkownika tych wyrobów, tj. Zamawiającego, czego Zamawiający nie oczekiwał w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego nie znajduje również uzasadnienia w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 22 lutego 2019 r. Jak słusznie zauważył sam Odwołujący, Zamawiający w ww. wyjaśnieniach w zakresie pytania P10, nie wskazał, które elementy zamówienia z pozycji 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej mają stanowić wyrób medyczny. W ww. wyjaśnieniach Zamawiający dokonał tylko zmiany treści SIWZ w zakresie punktu 13.6 SIWZ, wskazując, iż stawka podatku VAT dla przedmiotu zamówienia wynosi odpowiednio 8%

i 23%, dodając przy tym, iż wykonawca uprawniony do naliczania innej niż obowiązująca stawki podatku VAT, obowiązany był załączyć do oferty dokument, na podstawie którego jest do tego uprawniony, pod rygorem odrzucenia oferty.

Mając na uwadze zatem, iż wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ odnoszący się do wykonania instalacji gazów medycznych nie został skierowany przez Odwołującego, a Uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego - Budimex S.A., Odwołujący w sposób zbyt daleko idący, nie znając przecież założeń Budimex S.A. leżących u podstaw pytania skierowanego do Zamawiającego wywodził, iż wyjaśnienia Zamawiającego należy odnosić do wszystkich robót z branży „instalacja gazów medycznych” – pkt 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej. Powyższego stanowiska Odwołującego nie potwierdza sposób wypełnienia pkt 8 ww. tabeli przez Budimex S.A., który dla pozycji 8.1 - 8.3 Tabeli elementów ceny ryczałtowej wskazał stawkę 8% VAT, a dla pozycji 8.4 – instalacja ciekłego azotu 23% VAT.

Ponadto w ocenie Izby okoliczność, iż wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne dla poszczególnych pozycji pkt 8 Tabeli elementów ceny ryczałtowej wskazywali różne stawki podatku VAT nie przesądza, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności dokumentacji technicznej, była niejednoznaczna, wątpliwa czy też nieprecyzyjna, przez co wykonawcy różnie oceniali, które z elementów zamówienia mają stanowić wyrób medyczny, a które nie. Źródłem bowiem takiego stanu rzeczy mógł być bowiem błąd w obliczeniu ceny popełniony przez wykonawców na etapie założeń kalkulacyjnych. Stanowiska Odwołującego w przedmiocie braku możliwości jednoznacznego ustalenia, czy instalacja ciekłego azotu miała stanowić wyrób medyczny w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych nie podzielili w toku rozprawy przed Izbą wykonawcy Climamedic oraz Budimex S.A., którzy dla pozycji 8.4 – instalacja ciekłego azotu, wskazali stawkę VAT 23%.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie nie odpowiadało rozwiązaniu technicznemu określönemu w dokumentacji projektowej, gdyż Zamawiający nie wymagał wykonania instalacji ciekłego azotu jako wyrobu medycznego w rozumieniu przepisów ustawy o wyrobach medycznych. Co więcej, zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie wykraczało poza rozwiązania wskazane w projekcie wykonawczym i budowlanym oraz dokumentacji projektowej. Tym samym zaoferowany przez Odwołującego sposób wykonania niniejszego zamówienia nie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 6150 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika do wysokości określonej przepisami ww. rozporządzenia na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: