

Sygn. akt: KIO 1870/14

WYROK

z dnia 22 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014 r. przez Edwarda Tomaszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ENERGOBUD E. T. ul. Górna 37, 05-400 Otwock** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa**

przy udziale wykonawcy M. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **MARO, M. S. ul. Raławicka, Majdan 24, 05-200 Wołomin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża E. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ENERGOBUD E. T. ul. Górna 37, 05-400 Otwock** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 **zł** 00 **gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez E. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ENERGOBUD E. T. ul. Górna 37, 05-400 Otwock** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od E. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ENERGOBUD E. T. ul. Górna 37, 05-400 Otwock** na rzecz zamawiającego **Wojskowy Instytut Medyczny ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa** kwotę 3600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Przebudowa pomieszczeń dla potrzeb Kliniki Chorób Wewnętrznych i Reumatologii WIM, budynek nr 31, IV piętro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 lipca 2014 r., poz. 2014/S 125-221857 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 września 2014 r. E. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENERGOBUD E. T. w Otwocku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty firmy Maro M. S. w związku z wystąpieniem w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny - tj. wyliczenia ceny oferty zamiast dla całego świadczenia z jedną stawką VAT w rozbiciu na dwa świadczenia z dwoma stawkami VAT oraz art. 7 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy-firmie Maro M. S., wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

M. S. niezgodnie z wymogiem formularza oferty dokonała rozbicia całego świadczenia na dwa świadczenia objęte odrębnymi cenami netto i brutto wskazując dla pierwszego świadczenia stawkę VAT w wysokości 8 % oraz dla drugiego świadczenia stawkę VAT w wysokości 23 %. A następnie dopiero po zsumowaniu wyodrębnionych składowych świadczeń wyliczyła ceny netto i brutto całego świadczenia.

W opinii Odwołującego przyjęty przez firmę Maro podział zamówienia na świadczenia dla celów obliczenia ceny nie wynika ani z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani z obowiązujących przepisów. Przeciwnie, wyliczona przez firmę Maro cena brutto stanowi naruszenie zarówno przepisów ustawy o VAT jak i ustawy Prawo zamówień . W przypadku pierwszej ustawy wykonawca naruszył jej przepisy, gdyż błędnie ustalił stawkę VAT dla robót polegających na „przebudowie szpitala” .W przypadku drugiej ustawy naruszył jej przepisy poprzez dopuszczenie do porównania oferty , które zostały obliczone na

niejednakowych zasadach co narusza zasadę równego traktowania.

Oferta firmy Maro nie jest też zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej wyliczenia ceny tj.

- 1) **wzorem oferty,**
- 2) **sposobu obliczenia ceny,**
- 3) **wzorem umowy w części dotyczącej wynagrodzenia.**

Zdaniem Odwołującego, z postanowień SIWZ oraz obowiązującego prawa niezbiec wynika, że jeśli przedmiotem zamówienia jest całość świadczenia polegająca na „Przebudowie pomieszczeń dla potrzeb Kliniki Chorób Wewnętrznych i Reumatologii WIM budynek nr 31, IV piętro” , to obowiązkiem wykonawcy jest wyliczenie obliczeniu ceny brutto jako sumy wartości wszystkich kosztorysów, do której jako całości świadczenia objętego zleceniem jest doliczony VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Obliczenie ceny oferty brutto dla całego świadczenia - przebudowy szpitala zgodnie z obowiązującym prawem wymaga zatem przyjęcia tylko jednej stawki VAT w wysokości 23 % do ceny netto, pomimo, iż w ramach tego świadczenia jest wykonywane świadczenie dotyczące wykonania instalacji gazów medycznych.

Powyższe stanowisko potwierdza, według Odwołującego, indywidualna interpretacja wydana przez Izbę Skarbową w Katowicach (załącznik nr 1 do odwołania, bez przywołania daty wydania i numeru), z której wynika, że zgodnie z ustawą o VAT. Właściwą stawką podatku od towarów i usług dla wykonania robót budowlano-montażowych, w tym dla instalacji gazów medycznych wykonywanych w budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej jest stawka 23%.. Zdaniem Izby Skarbowej wykonanie instalacji gazów medycznych, realizowanej w ramach wykonania budowy lub modernizacji (remontu) budynków szpitali i zakładów opieki medycznej nie mieści się w zakresie czynności wymienionych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT.

Powoływał się również na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wskazywał, że oceny charakteru nieprawidłowości jaką jest zastosowanie przy obliczeniu ceny błędnej stawki podatku VAT dokonał także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt IIICZP 52/2011.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosil o jego oddalenie. Powołał się na interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy ITPP1/443-345/13/TS z 8 lipca 2013 r. oraz interpretację ogólną

Ministra Finansów Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 z 30 marca 2012 r. w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia. Wskazywał, że wynika z nich, że było zastosowanie 8 % stawki VAT dla dostawy instalacji gazów medycznych, i 23 % dla robót budowlanych jest uprawnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła M. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MARO, M. S. (dalej: Przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazał, że w analogicznych pracach stosuje 8% stawkę VAT dla instalacji gazów medycznych. Zauważył, że zamawiający nie odlicza sobie podatku VAT dlatego uczciwie jest naliczyć taką samą stawkę podatku VAT jaką Przystępujący płaci za materiały, a więc 8%.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący twierdził, że zgodnie ze wzorem oferty - załącznik nr 5 do SIWZ wykonawcy powinni podać ceną oferty jako:

- 1) kwotę netto wyliczoną na cały zakres robót objęty zleceniem bez rozbicia tej ceny na jakiegokolwiek szczegółowsze ceny świadczeń częściowych oraz
- 2) kwotę brutto uwzględniającą podatek VAT wyliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wymóg ten podkreśla treść postanowień pkt X11.2 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) z których wynika, że cena oferty powinna być „sumą wszystkich branż występujących w zamówieniu” . Taki punkt widzenia potwierdzają także zapisy § 5 wzoru umowy dotyczące

wynagrodzenia, w których jest mowa jedynie o jednej cenie netto i brutto i nie ma słowa sugestii o osobnym rozliczeniu wykonania robót dotyczących instalacji gazów medycznych. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, M. S. niezgodnie z wymogiem formularza oferty dokonała rozbicia całego świadczenia na dwa świadczenia objęte odrębnymi cenami netto i brutto wskazując dla pierwszego świadczenia stawkę VAT w wysokości 8 % oraz dla drugiego świadczenia stawkę VAT w wysokości 23 %. A następnie dopiero po zsumowaniu wyodrębnionych składowych świadczeń wyliczyła ceny netto i brutto całego świadczenia.

Izba ustaliła, na podstawie treści odwołania, że Odwołujący nie zarzucał naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego nie oceniała, czy oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ. Zresztą, dla oceny, czy zastosowano prawidłową stawkę VAT i tak nie mogłoby mieć znaczenia, czy budowa formularza ofertowego miała „sugerować” według Odwołującego zastosowanie jednolitej stawki VAT przez pozostawienie tylko jednego „wykropkowanego” miejsca. Podanie sposobu obliczenia ceny (rozbicie jej na poszczególne elementy) w sposób bardziej szczegółowy, niż mogło to wynikać z oczekiwań wyrażonych w SIWZ czy z wzoru formularza ofertowego nie może być uznane za podstawę stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zasadniczo nie było sporne, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym; Odwołujący jedynie twierdził, że instalacja ta jest wyrobem medycznym, ale dopiero po wybudowaniu. Nawet, gdyby zaakceptować postulowany przez Odwołującego moment, w którym instalacja gazów medycznych staje się wyrobem medycznym (tj. po wybudowaniu) – to nie mogło to mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia, wystawienie faktury bowiem następuje po zrealizowaniu świadczenia. Dlatego Izba uznała, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym. Dla dostawy wyrobu medycznego stosuje się stawkę podatku VAT 8%, co nie było sporne.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, przez naliczenie błędnej stawki VAT w ofercie Przystępującego. Kluczowe zatem dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania było zbadanie, czy Przystępujący był uprawniony, do zastosowania, dla obliczenia ceny ofertowej 8 % stawki VAT dla dostawy instalacji gazów medycznych, a 23 % dla robót budowlanych. Zamawiający twierdził, że Przystępujący był do tego uprawniony, natomiast Odwołujący twierdził, że dla całości świadczenia powinno się zastosować jednolitą stawkę VAT 23%.

Każda ze stron posługiwała się, dla potwierdzenia swoich racji, interpretacją indywidualną – Odwołujący Izbę Skarbową w Katowicach (załącznik nr 1 do odwołania, bez przywołania daty wydania i numeru), Zamawiający – na interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy ITPP1/443-345/13/TS z 8 lipca 2013 r. Żadna z nich nie została wydana w sprawie, której wniesiono odwołanie.

Ponadto Zamawiający powoływał się interpretację ogólną Ministra Finansów Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 z 30 marca 2012 r. w sprawie opodatkowania podatkiem od towarów i usług świadczeń złożonych, w tym czynności polegających na dostawie sprzętu medycznego i towarzyszącym tej dostawie czynności adaptacji pomieszczenia. Zgodnie z nią, niezależnie od treści zawartej umowy, dostawa wyrobu medycznego, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych, dopuszczonego do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. podlega opodatkowaniu 8% stawką podatku – na podstawie art. 146a pkt 2 ww. ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z poz. 105 załącznika nr 3 do tej ustawy, natomiast prace polegające na dostosowaniu (adaptacji, przebudowy, rozbudowy itp.) pomieszczeń szpitala prowadzone w związku z dostawą ww. wyrobu medycznego nie korzystają, co do zasady, z preferencji podatkowej i podlegają opodatkowaniu według podstawowej stawki podatku od towarów i usług, tj. obecnie w wysokości 23%. Należy zauważyć przy tym, że zasadność stanowiska, iż dostawa sprzętu medycznego i prac przystosowujących pomieszczenia stanowią w ww. okolicznościach dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, w tym wyroki z dnia 1 i 28 czerwca 2011r. sygn. I FSK 869/10 oraz I FSK 958/10.

Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego zbyt daleko idącą tezę byłoby uznanie, że „pod pojęciem montażu urządzenia medycznego należy rozumieć także wykonanie infrastruktury budowlanej pomieszczenia, w którym następnie zamontowany zostanie dany sprzęt. Tak szerokie postrzeganie złożoności świadczeń przesunąłoby granicę ich rozpoznania w sposób, który prowadziłby do pogorszenia funkcjonalności systemu VAT przez akceptowanie rozwiązań czyniących ten system nieprzejrzystym i pozostawiającym podatnika w niepewności, co do przyjętego sposobu rozliczenia danej dostawy lub świadczonej usługi” (por. ww. wyrok z dnia 1 czerwca 2011 r.). Ponadto w ww. wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „kierując się wskazówkami wynikającymi z orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości należy za wyrokiem z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt I FSK 869/10 powtórzyć, że dostawa sprzętu medycznego i wykonanie wskazanych przez Spółkę prac przystosowujących pomieszczenia, w którym sprzęt ten będzie pracował w postaci wykonania instalacji elektrycznej, klimatyzacyjnej oraz izolacyjnej, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane.”

W ocenie Izby, skoro interpretacja ogólna Ministra Finansów stwierdza, że dostawa sprzętu medycznego i wykonanie prac budowlanych w pomieszczeniach, w których sprzęt ten będzie pracował, stanowią dwa oddzielne świadczenia i w taki sposób powinny zostać opodatkowane, to nie można uznać, że Przystępujący w ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny, naliczając dla dostawy wyrobu medycznego (instalacji gazów medycznych) stawkę

podatku VAT w wysokości 8%, a dla prac budowlanych - podstawową stawkę podatku VAT 23%. Podobny pogląd w analogicznych okolicznościach wyraziła również Izba w orzeczeniu KIO 2012/12.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....